

Neocontractualismo, legitimidad y derechos humanos

Eusebio FERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El concepto de legitimidad.*—III. *Las teorías contractualistas.*—IV. *El contrato social como principio de legitimidad.*—V. *Contractualismo y derechos humanos fundamentales.*

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los fenómenos teóricos actuales que quizá pueda sorprender al estudioso contemporáneo de la filosofía moral, política y jurídica es el del interés renovado por la teoría contractualista. En 1956 escribía G. del Vecchio: «La teoría del contrato social, mil veces impugnada, resurge, sin embargo, de continuo en diversas formas»¹. Pues bien, casi treinta años después de la publicación del trabajo de Del Vecchio asistimos a uno de esos resurgimientos. Una simple consulta de la bibliografía de los últimos años en torno a las disciplinas anteriormente citadas demuestra que obras como «La Teoría de la Justicia», de J. Rawls, y no es la única, han colocado al neocontractualismo en un lugar muy destacado de las producciones intelectuales en las distintas ramas de las ciencias sociales, siendo paso obligado y lugar común en el que convergen filósofos, politólogos, juristas, economistas y sociólogos. El neocontractualismo es, sin duda, una teoría estimulante que entronca directamente con la mejor tradición de la filosofía clásica occidental y plantea problemas sustantivos referentes a los contenidos materiales de una teoría de la Justicia y a los fundamentos del Estado democrático y de una sociedad

¹ G. del Vecchio: «Sobre varios significados de la teoría del contrato social», en *Persona, Estado y Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, con prólogo de Manuel Fraga Iribarne, p. 331.

justa, muy lejos, felizmente, de los —por otra parte, comprensibles— recelos metodológicos de la tradición positivista (positivismo lógico) y analítica en torno a estos temas².

¿Por qué este interés renovado por la teoría del contrato social? La explicación no es anecdótica ni simple. Creo que el motivo de que una teoría como la del contrato social ocupe un lugar tan importante se debe, fundamentalmente, aquí y ahora, a la necesidad de buscar un marco de legitimidad al Estado contemporáneo y, en general, una argumentación sólida y racional al sistema jurídico-político vigente en las sociedades de tradición liberal-democrática. Esta es la perspectiva que voy a utilizar como presupuesto previo a este trabajo. Considero, por tanto, que las teorías del contrato social, a partir del siglo XVII y hasta las aportaciones contemporáneas, deben ser analizadas como teorías que han pretendido (y pretenden) elaborar y fundamentar un criterio de legitimidad democrática de la sociedad y el poder político. A ello hay que añadir, como veremos más tarde, que la utilización del contrato social no tiene un sentido histórico, sino normativo³, y que a diferencia de la teoría clásica del contrato social de los siglos XVII y XVIII, de fuerte connotación liberal burguesa e individualista⁴, las teorías neocontractualistas pretenden constituir un principio de legitimidad universalizable, democrático e incluso igualitario (Simon Goyard-Fabre ha hablado de la significación humanista del nuevo contrato social)⁵.

Finalmente, no podemos pasar por alto el enlace especial existente entre el resurgimiento de las posturas contractualistas y los problemas relativos a la denominada crisis de legitimación de las sociedades capitalistas avanzadas. En este punto la derivación hacia la reivin-

² Ver Javier Muguerza: «A modo de epílogo: últimas aventuras del preferidor racional», en *La razón sin esperanza*, Ed. Taurus, Madrid, 1977, p. 221 y ss.; Norman Daniels: «Equal Liberty and Unequal Worth of Liberty», en *Reading Rawls. Critical Studies of 'A Theory of Justice'*, ed. Norman Daniels, Basic Books, New York, 1976, p. 253 y ss.; Carlos R. Alba Tercedor y Fernando Vallespín: «El neocontractualismo de 'A Theory of Justice'», de John Rawls: una introducción a la literatura», en *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 8, marzo-abril de 1979, Madrid, p. 233 y ss., y Eusebio Fernández: «Filosofía del Derecho, teoría de la justicia y racionalidad práctica», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 64, Madrid, invierno de 1982, página 7 y ss.

³ Manfred Riedel: «Dominio y sociedad. Acerca del problema de la legitimación filosófica de lo político», en *Metafísica y metapolítica*, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1977, trad. de Ernesto Garzón Valdés, p. 122.

⁴ Ver Eusebio Fernández: «El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1983, p. 59 y ss.

⁵ Simone Goyard-Fabre: «Le renouveau de l'idée de contrat social», en vol. IV de la *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981, p. 105.

dicación de posturas contractualistas ha sido llevada a cabo por autores con planteamientos ideológicos muy distintos; los ejemplos de D. Bell⁶ y J. Habermas⁷ son bien significativos al respecto. Pero de todos los autores neocontractualistas el más notable e influyente es J. Rawls. De su obra «A Theory of Justice» (1971)⁸ se ha escrito que «constituye sin duda la aportación a la filosofía moral y política que mayor resonancia ha obtenido en la última década»⁹. De ella se han hecho varias críticas, recogidas en una numerosísima bibliografía, y se le han colocado distintas y opuestas envolturas ideológicas, desde la de elaborar una teoría liberal de la justicia¹⁰ a la de representar «el esfuerzo más comprensivo de la filosofía moderna para justificar una ética socialista»¹¹. Yo le consideraría como defensor de un liberalismo progresista o socialdemócrata y a su obra, utilizando palabras de Robert Paul Wolff, «como una apología filosofía de un sello igualitario del capitalismo liberal del estado del bienestar»¹².

No obstante, es necesario relacionar su obra con el contexto general de las sociedades desarrolladas de tradición liberal-democrática, con los problemas de la crisis de legitimación y con la situación par-

⁶ Ver Daniel Bell: *El advenimiento de la sociedad postindustrial*, Alianza Editorial, Madrid, 1976, trad. de Raúl García y Eugenio Gallego, pp. 505 y ss., *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977, trad. de Néstor A. Míguez, p. 209 y ss.

⁷ Ver J. Habermas: *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1975, trad. de J. L. Etcheverry, y «Crisis del capitalismo tardío y posibilidades de la democracia», en *Materiales*, septiembre-octubre 1978 (entrevista), p. 5 y ss.

Sobre el pensamiento de J. Habermas, ver Julio Carabaña: «La teoría dialéctica del conocimiento de J. Habermas», en *Teorema*, núm. 1, Universidad de Valencia, marzo 1971, p. 43 y ss.; J. Muguerza: «Teoría crítica y razón práctica», en *Sistema*, 3, octubre 1973, p. 33 y ss.; E. M. Ureña: *La teoría crítica de la sociedad industrializada*, Ed. Tecnos, Madrid, 1978; J. E. Rodríguez Ibáñez: *Teoría crítica y sociología*, Siglos XXI Editores, Madrid, 1978, p. 111 y ss.; Raúl Gabas: *J. Habermas: dominio técnico y comunidad lingüística*, Ed. Ariel, Barcelona, 1980, con prólogo de Javier Muguerza, y Gian Enrico Rusconi: «Discorso e decisione. Il tentativo di Habermas di fondare una razionalità politica», en *Politica e Filosofia*, Franco Angeli Editore, Milano, 1982, p. 43 y ss.

⁸ J. Rawls: *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1972. Hay traducción castellana de María Dolores González Soler en el Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1979.

⁹ José Rubio Carracedo: *La utopía ética del Estado justo*, Valencia, 1982, página 73. Ver también Antoni Casahuga: «La polémica en torno a la Teoría de la Justicia de J. Rawls», en *Hacienda Pública Española*, núm. 48, Madrid, 1977, página 295 y ss., y Sebastiano Maffetone: «Recenti lavori sulla teoria della giustizia», en *Politica e Filosofia*, cit. p. 145 y ss.

¹⁰ Brian Barry: *The Liberal Theory of Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1973.

¹¹ Daniel Bell: *El advenimiento de la sociedad postindustrial*, cit., p. 510.

¹² R. P. Wolff: *Understanding Rawls*, Princeton University Press, Princeton, 1977. Hay traducción castellana de Marcial Suárez en Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 175.

ticular de la sociedad norteamericana. Como han señalado C. R. Alba Tercedor y Fernando Vallespín: «Es imposible entender el fenómeno Rawls sin considerar el impacto ideológico de la obra. Rawls ha pretendido, y no podía ser de otra forma, estar al compás de los hechos, de los hechos de la sociedad de su tiempo (en paralelo con otros filósofos del pasado, desde Platón a Hobbes, por ejemplo) y, en concreto, en los Estados Unidos de Norteamérica los movimientos de derechos civiles, el movimiento negro a los derivados de la guerra del Vietnam... Como alternativa a la gran tradición de la filosofía utilitaria, Rawls propone su modelo con la pretensión de generalidad de *A Theory of Justice*, pero realmente no es más que una teoría particular de la justicia, la teoría liberal democrática de la justicia, la envoltura ideológica que necesitaba la sociedad norteamericana»¹³.

Dentro del mismo contexto de la crisis de las sociedades democráticas occidentales y de sus problemas de legitimación hay que citar otras respuestas alternativas a la de J. Rawls y que mantienen una implícita o explícita influencia contractualista. Sería el caso de la obra de Robert Nozick «*Anarchy, State, and Utopia*» (1974)¹⁴. Mientras el modelo rawlsiano es liberal-socialdemócrata, la propuesta alternativa de R. Nozick es liberal-radical. Los medios que utiliza van desde la defensa del estado mínimo, limitado a la función de estado-guardián, a la crítica al Estado social o Estado de bienestar social. Frente a una política estatal de justicia redistributiva, se ensalza el derecho de propiedad. Todo ello gracias a una actualización del pensamiento de J. Locke, expresado en su «Segundo Tratado sobre el gobierno civil».

La propuesta liberal-radical de R. Nozick cobra mayor relieve si tenemos en cuenta el hecho de lo que Ralf Dahrendorf ha denominado el fin del consenso socialdemócrata. Para este autor la posición política de carácter socialdemocrático, y que sería la dominante en los países avanzados, va agotando ya sus posibilidades, «Dicho con sencillez —escribe— el globo socialdemócrata ha perdido gas. Un gran programa se ha tornado realidad y en consecuencia ya no es una fuerza de cambio... El cuadro de valores de los socialdemócratas no solamente ha cesado de fomentar cambios y desarrollos nuevos, sino

¹³ C. R. Alba Tercedor y Fernando Vallespín: *El neocontractualismo de A. Theory of Justice, de J. Rawls: una introducción a la literatura*, cit., pp. 234-235.

¹⁴ R. Nozick: *Anarchy, State and Utopia*, Basil Blackwell, Oxford, 1974. Sobre R. Nozick, ver Hartmut Kliemt: *Filosofía del Estado y criterios de legitimidad*, Ed. Alfa, Barcelona, 1979, trad. de Ernesto Garzón Valdés, p. 34 y ss.; T. Scanlon: *Nozick on Rights, Liberty, and Property*, *Phil. and Public Affairs* 6, 1976, páginas 3-25; J. H. Reiman: *The Fallacy of Libertarian Capitalism*, *Ethics* 92, 1981, pp. 85-95, y José Rubio Carracedo: *La utopía ética del Estado justo: de Platón a Rawls*, cit., p. 123 y ss.

que ya ha empezado a mostrar sus contradicciones internas que sólo puede superar de modo trabajoso o que no puede superar en absoluto. Este es el trasfondo estructural de lo que se ha comenzado a llamar la crisis de legitimidad del poder político en las sociedades modernas, es decir, la duda sobre el carácter, apropiado o no, de las instituciones existentes y de los supuestos que subyacen a ellas¹⁵.

Resulta muy difícil no dar la razón a R. Dahrendorf en su análisis de la crisis de legitimación, que es crisis de un modelo de sociedad, de sus supuestos y principios y de sus instituciones. Lo que no es tan fácil es ponerse de acuerdo en las soluciones; y es aquí donde las atrevidas propuestas de R. Nozick dejan mucho que desear. La búsqueda de un nuevo principio de legitimidad social y político va pareja, por un lado, a la crisis de muchos aspectos del modelo socialdemócrata, y, por otro, a un resurgimiento actual del liberalismo (que no tiene que desembocar necesariamente en las posturas de R. Nozick). La tesis del presente trabajo es que ese principio de legitimidad debe ser contractual.

En las páginas siguientes voy a analizar el concepto de legitimidad y lo que entiendo por teoría contractualista.

II. EL CONCEPTO DE LEGITIMIDAD

Lucio Levi ha distinguido, en el lenguaje ordinario, dos significados del término legitimidad¹⁶: el uno genérico y el otro específico. Según él el significado genérico del término legitimidad lo presenta como «casi» sinónimo de justicia o razonabilidad; así hablaríamos de una decisión legítima o de la legitimidad de una actitud. El significado específico sería el propio del lenguaje político y su referente sería el Estado. Es el significado que aquí interesa. Concretándose en este significado específico, escribe: «En una primera aproximación

¹⁵ Ralf Dahrendorf: «¿Fin del consenso socialdemócrata? El problema de la legitimidad del poder político en la actualidad», en *Oportunidades vitales. Notas para una teoría social y política*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1983, trad. de Ramón García Cotarelo, pp. 147 y 148. Más tarde añade: «Puede pensarse que los socialdemócratas de derecha, que administran el poder constituyen unas tristes figuras, porque resulta evidente que representan el mundo de ayer. Pero también conviene recordar que, por el momento, no ocasionan grandes perjuicios. En el fondo, no hay solución mejor que la de ser administrado por ellos. No hay duda de que estaríamos en mucho peores manos si cayéramos en las de los reaccionarios, los enemigos del sistema o los difusos ecologistas. De este modo, la búsqueda inquieta de comprensión y de proyectos para el futuro es la tarea liberal más importante», p. 161.

¹⁶ Lucio Levi, voz «Legitimidad», en *Diccionario de Política*, dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, tomo segundo, Siglo XXI Editores, Madrid, 1983, p. 392.

se puede definir la legitimidad como el atributo del Estado que consiste en la existencia en una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo en casos marginales, recurrir a la fuerza. Por lo tanto, todo poder trata de ganarse el consenso para que se le reconozca como legítimo, transformando la obediencia en adhesión»¹⁷.

Voy a partir aquí de un concepto muy general de legitimidad para más tarde, y a lo largo de este trabajo, ir reduciéndolo, con la finalidad de defender la oportunidad y la necesidad del principio de legitimidad contractualista. Según este concepto, hablar de la legitimidad de un orden político o del Estado sería igual a hablar de su justificación. Pero inmediatamente habría que añadir que esa justificación está estrechamente conectada con unas características esenciales que son recogidas en la definición de L. Levi. Estas son: 1) Que la legitimidad es un atributo del Estado que se traduce en consenso de la población sujeta a dicho Estado, y 2) Que la legitimidad tiene que ver con la obediencia de los sujetos del Estado a las normas válidas y vigentes en él.

Ya Max Weber, cuyo tratamiento del tema de la legitimidad se ha convertido en cita obligada¹⁸, señaló parte de estas características. Para Max Weber, una vez hecha la distinción entre poder («Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aún contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad») y dominación («Por dominación debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas») ¹⁹, un orden legítimo sería aquel en que «al lado de los otros motivos, por lo menos para una parte de los actores aparezca ese orden como obligatorio o como modelo, o sea, como algo que debe ser, lo cual... acrecienta la posibilidad de que la acción se oriente por él y eso en un grado considerable»²⁰. La dominación legítima consiste en «un determinado mínimo de voluntad, obediencia, o sea, de interés (externo o interno) en obedecer»; cada tipo de dominación descansa en distintos motivos..., la costumbre y la situación de intereses, no menos que los motivos puramente afectivos y de valor (rationales con arreglo a valores), no pueden representar los fundamentos en que la do-

¹⁷ Cit., p. 892.

¹⁸ Ver Max Weber: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, edición preparada por J. Winckelmann, Fondo de Cultura Económica, México, 1964 (2.ª edición), traducción castellana en dos volúmenes de José Medina Echegarria, Juan Roura Parella, Eduardo García Maynez, Eugenio Imaz y José Ferrater Mora.

¹⁹ M. Weber: *Economía y sociedad*, cit. vol. I, p. 43.

²⁰ *Op. cit.*, vol. I, pp. 25-26.

minación confía. Normalmente se les añade otro factor: la creencia en la legitimidad. De acuerdo con la experiencia ninguna dominación se contenta voluntariamente con tener como probabilidades de su persistencia motivos puramente materiales, afectivos o racionales con arreglo a valores. Antes bien, todas procuran despertar y fomentar la creencia en su legitimidad. Según sea la clase de legitimidad pretendida es fundamentalmente diferente tanto el tipo de obediencia, como el del cuadro administrativo destinado a garantizarla, como el carácter que toma el ejercicio de la dominación. Y también sus efectos. Por eso, parece adecuado distinguir las clases de dominación según sus pretensiones típicas de legitimidad»²¹.

De acuerdo con lo anterior, desarrolla M. Weber su tipología de las formas de dominación legítima, que pueden ser de tres clases: a) De carácter tradicional (descansa en la creencia en la santidad de las tradiciones); b) De carácter carismático (descansa en la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y en sus órdenes), y c) De carácter racional-legal (descansa en la creencia en la legitimidad de las órdenes estatuidas y de los derechos de mando de los que ejercen la autoridad según esas órdenes).

La legitimidad de carácter legal-racional es el tipo de legitimidad propio de los Estados modernos. El análisis que de la legitimidad legal lleva a cabo M. Weber no deja de tener interés para el tratamiento del concepto de legitimidad que aquí pretendo. Sin embargo, la casi absoluta identificación weberiana entre legitimidad y legalidad, o la reducción de la primera a la segunda al insistir, y tenía razones importantes para ello, en que la legalidad es el tipo predominante de legitimidad en las sociedades modernas²² le vuelve insuficiente para el objetivo que en este trabajo me he propuesto. Mucho más adecuado me parece el concepto de legitimidad elaborado y utilizado por J. Habermas, que paso a exponer. Para ello es de interés especial el análisis de un trabajo suyo de 1975, que lleva por título «Problemas de legitimación en el Estado»²³, donde Habermas estudia el concepto de legitimación, el principio de legitimidad en la Edad Moderna y los cambios experimentados por dicho principio en el contexto de las sociedades capitalistas desarrolladas, para

²¹ Cit., vol. I, p. 170 y ss.

²² Ver sobre este punto el trabajo de Elías Díaz: «Legitimidad democrática versus legitimidad positivista y legitimidad iusnaturalista», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1981, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, pp. 56 y ss.

²³ Jürgen Habermas: «Problemas de legitimación en el Estado moderno», en *La reconstrucción del materialismo histórico*, Ed. Taurus, Madrid, 1981, versión castellana de la edición original alemana, 1976, de Jaime Nicolás Muñoz y Ramón García Coterale.

finalizar con la justificación del empleo de su propio «concepto re-constructivo» de legitimidad.

Para J. Habermas, «Legitimidad significa que la pretensión que acompaña a un orden político de ser reconocido como correcto y justo no está desprovista de buenos argumentos; un orden legítimo merece el reconocimiento. *Legitimidad significa el hecho de merecimiento de reconocimiento por parte de un orden político.* Lo que con esta definición se destaca es que la legitimidad constituye una pretensión de validez discutible de cuyo reconocimiento (cuando menos) fáctico depende (también) la estabilidad de un orden de dominación»²⁴.

De este concepto de legitimidad podemos destacar tres características: 1) Que su ámbito de aplicación es el orden político, pues «sólo los órdenes políticos pueden tener y perder legitimidad, y sólo ellos requieren legitimación»; 2) Que la legitimidad de ese orden político consiste en el hecho del merecimiento de reconocimiento²⁵, y 3) que de dicho reconocimiento depende la estabilidad de un orden de dominación²⁶.

Una vez aceptada esta concepción de legitimidad cabe un análisis histórico diferenciador de sus distintos tipos y niveles. La comparación del principio de legitimidad de la Edad Moderna con otros principios de legitimidad anteriores desde el punto de vista histórico describe la peculiaridad de aquel principio, que afecta tanto a los niveles de justificación de la legitimidad como, y ello es importante, a la postura de los individuos en quienes reside, al fin y al cabo, la aceptación o no del reconocimiento de la legitimidad de un orden político. Los autores contractualistas de los siglos XVII y XVIII, con J. J. Rousseau a la cabeza, son buena prueba de ello. Lo señala J. Habermas cuando escribe que: «Lo que en todo caso se presenta como decisivo para los problemas de legitimidad de la Edad Moderna es que el nivel de justificación se torna reflexivo. Los propios procedimientos y las propias premisas de la justificación integran, a partir de ahora,

²⁴ J. Habermas: *Problemas de legitimación en el Estado moderno*, cit., p. 242.

²⁵ «Por legitimidad entiendo el hecho de que un orden político es merecedor de reconocimiento. La pretensión de legitimidad hace referencia a la garantía —en el plano de la integración social— de una identidad social determinada por vías normativas. Las legitimaciones sirven para hacer efectiva esa pretensión, esto es: para mostrar cómo y por qué las instituciones existentes (o las recomendadas) son adecuadas para emplear el poder político en forma tal que lleguen a realizarse los valores constitutivos de la identidad de la sociedad», cit., p. 249.

²⁶ «El que las legitimaciones sean convincentes o que la gente crea en ellas es algo que depende, a todas luces, de motivos empíricos; ahora bien: éstos no se forman con independencia de la fuerza justificativa de las legitimaciones, que se ha de analizar formalmente, o lo que es igual: con independencia del potencial de legitimación o de las razones que se puedan movilizar», cit. p. 249.

las razones legitimantes en las que se apoya la validez de las legitimaciones. La idea de pacto que se realiza entre todas las personas sin exclusión, en su condición, ciertamente de libres e iguales, define el tipo de legitimidad procedimental de la Edad Moderna (mientras que, por el contrario, era la idea del saber adoctrinable acerca de un mundo ordenado lo que había determinado el tipo clásico de legitimidad). A ello corresponde una mutada posición de los individuos. Al mito se le tiene por verdadero en una actitud que podemos calificar de simplona. El saber acerca de un orden en el que se integran Dios, el cosmos y el mundo humano se hace patente como doctrina de los sabios o de los profetas que la tradición ha transmitido. Pero quienes llegan a un acuerdo bajo condiciones idealizadas han asumido por su propia cuenta la competencia interpretativa»²⁷.

Posteriormente, J. Habermas pasa a desarrollar las relaciones entre el principio de legitimidad de la Edad Moderna y las estructuras del Estado (Estado moderno caracterizado por tener el monopolio del poder legítimo, administración centralizada y racionalizada, territorialidad, etc.). El Estado moderno debe comprenderse dentro de las coordenadas de un sistema económico basado en relaciones de mercado, garantizador del derecho privado burgués y de los intereses y necesidades de la sociedad burguesa; Estado soberano, secularizado, con autonomía funcional, «formando un sistema de Estados», en un proceso paralelo «al surgimiento de naciones».

Sin embargo, el principio de legitimidad propio de la Edad Moderna se muestra incapaz de «contener» la dinámica social y económica de los siglos posteriores y, sobre todo, los problemas de las sociedades capitalistas desarrolladas. «Esta dinámica —apunta J. Habermas— genera nuevos problemas de legitimación»²⁸, que va acompañada de fenómenos de deslegitimación: «Los fenómenos de deslegitimación se hacen inevitables cuando el Estado, en semejante marco de condiciones restrictivas, no logra contener en límites aceptables las secuelas disfuncionales del proceso económico capitalista y cuando tampoco se consigue bajar los umbrales de la propia aceptabilidad... La tasa de inflación, la crisis de las haciendas públicas y la cifra de parados, elementos que entre sí sólo limitadamente resultan intercambiables, son los raseros del fracaso en tareas de garantía de la estabilidad; el hundimiento de la política de reformas es un indicio del fracaso en la tarea de transformar estructuras de producción y privilegios que no se desean»²⁹.

²⁷ J. Habermas: *Problemas de legitimación en el Estado Moderno*, cit. p. 251.

²⁸ Cit., p. 260.

²⁹ Cit., p. 264.

Me resulta imposible en el marco de este trabajo tratar el importante tema de los problemas de legitimación en las sociedades capitalistas contemporáneas desarrolladas, tan querido a Habermas, y que fue objeto de un conocido libro suyo³⁰, no obstante es necesario citarlo, aunque solamente sea a los efectos de comprender su concepto reconstructivo de legitimación, que propone como tercer concepto junto al empirista y al normativo. ¿En qué consiste el concepto reconstructivo de legitimación? «Quisiera partir —escribe J. Habermas— de la consideración de que el enunciado "la recomendación X es legítima" tiene el mismo significado que el enunciado "la recomendación X es de interés general", pudiendo X ser tanto una acción como una norma de acción o también un sistema de normas de acción (en nuestro caso: un sistema de dominación). Pensemos que "X es de interés general" ha de significar que la pretensión de validez normativa que acompaña a X vale como justificación. En torno a los títulos de las pretensiones de validez de esa índole en concurrencia decide un sistema de posibles justificaciones; en este sentido llamamos legitimación a cada justificación en particular»³¹.

Como se deduce de lo anterior, el concepto de legitimación se ha ido haciendo más restrictivo. No es suficiente para hablar de legitimación de un sistema de dominación (orden político, Estado) que éste se encuentre justificado con cualquier tipo de justificación ni que ese sistema de dominación pretenda cualquier clase de reconocimiento, sino que además es necesario que sea de interés general, lo que viene a querer decir que las justificaciones tengan un poder generador de consenso. «Mi propuesta consiste —escribe Habermas— en analizar la creencia de legitimidad en términos de un reconocimiento fáctico de pretensiones de validez criticables, debiendo entender por "criticable" que la pretensión de validez que acompaña a las normas de acción (y de valoración) puede hacerse efectiva tan sólo merced a justificaciones susceptibles de generar consenso. Se pone en cuestión una creencia de legitimidad en la medida en que las justificaciones pierden su plausibilidad entre los implicados. El desmoronamiento de la legitimidad significa escaseamiento del potencial justificativo disponible»³². Partiendo y asumiendo el concepto de legitimidad propuesto por Habermas, como justificación generadora de consenso al contener intereses generales, cabe, me parece, hacer aún el siguiente añadido: que el consenso como base de legitimidad de un orden político debe ser un consenso expresado o

³⁰ J. Habermas: *Los problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, cit.

³¹ Cit., p. 270.

³² J. Habermas: «Acotaciones en torno al concepto de legitimidad», en *La reconstrucción del materialismo histórico*, cit., p. 297.

manifestado por hombres autónomos y libres en situaciones de auténtica libertad. Se excluye, por tanto, el consenso impuesto o manipulado. Si damos como requisito de legitimación únicamente la aceptación de un orden político, tanto un sistema democrático (con consenso libre), como un sistema no democrático (con consenso, pero manipulado o impuesto) serían igualmente legítimos. Si añadimos, además, como un segundo requisito que el consenso debe ser libremente expresado, solamente el orden político democrático sería legítimo. Ello nos permite diferenciar entre sistemas políticos legítimos, en el sentido que aquí vengo dando al concepto de legitimidad, y sistemas políticos no legítimos, como también en sistemas políticos más o menos legítimos según cuenten con un grado mayor o menor de consenso libre. Como ha señalado Lucio Levi: «... se podría demostrar que no todos los tipos de consenso son iguales y que sería más legítimo el estado en que el consenso pudiera expresarse más libremente y en el que fuera menor la intervención del poder y de la manipulación y, por lo tanto, menor el grado de deformación ideológica de la realidad social en la mente de los individuos»³³.

III. LAS TEORÍAS CONTRACTUALISTAS

En un sentido amplio y de utilización general suele definirse a las teorías contractualistas como «aquellas construcciones teóricas que pretenden explicar la existencia de la sociedad y del orden político, en base a un contrato o pacto entre los hombres que estarían en el origen de toda sociedad»³⁴. Esta definición, válida y correcta en lo que respecta al núcleo fundamental de la idea de contrato social y a la comprensión de las teorías políticas que pueden ser caracterizadas como contractualistas, precisa, desde mi punto de vista, de dos matizaciones siguientes:

1. La primera de ellas quiere hacer hincapié en la idea de que el pacto o contrato originario no se entiende por la mayor parte de los autores contractualistas clásicos³⁵ y por la totalidad de los neocontractualistas como un hecho histórico o empírico (realmente acaecido), sino como una suposición, hipótesis, ficción o construcción

³³ L. Levi: *Legitimidad*, cit., p. 896.

³⁴ J. J. Toharia: «Contrato social», en *Diccionario de Ciencias Sociales*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, tomo I, p. 547.

³⁵ Sobre el tratamiento de este problema en el contractualismo clásico, ver mi trabajo *El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales*, op. cit., p. 63 y ss.

teórica. Al respecto, Nicola Matteucci ha expuesto la necesidad de hacer una distinción entre tres diferentes niveles del discurso contractualista, «están —escribe— aquellos que opinan que el pasaje del estado de naturaleza al estado de sociedad es un hecho histórico realmente acaecido, es decir, que están dominados por el problema antropológico del origen del hombre civil; otros, en cambio, hacen del estado de naturaleza una mera hipótesis lógica, con el fin de crear la idea racional o jurídica del Estado, del Estado como debe ser, y de dar así un fundamento a la obligación política en el consenso expreso o tácito de los individuos a una autoridad que los representa y los encarna; otros, finalmente, prescindiendo por completo del problema antropológico del origen del hombre civil y del problema filosófico y jurídico del estado racional ven en el contrato un instrumento de acción política para imponer límites a quien detenta el poder»³⁶.

De los tres niveles citados por N. Matteucci interesan para este trabajo el segundo y el tercero, es decir, el nivel de búsqueda de un fundamento contractualista de legitimidad del Estado y el nivel de imposición de límites de origen contractual al propio ejercicio del poder político. Para el cumplimiento de esta doble función legitimadora y limitadora-correctiva del poder político es suficiente con que el contrato social sea tomado como una hipótesis teórica. En este punto —contrato social como hipótesis, ficción o construcción teórica— radica el aspecto más vulnerable a la crítica de las teorías contractualistas, pero también el de mayor atractivo teórico de las filosofías jurídico-políticas que se han inspirado y se siguen inspirando en ellas. Como ha señalado Javier Muguerza, a propósito de la teoría neocontractualista de J. Rawls y de la teoría clásica del contrato social; «dicha teoría (se refiere aquí a la de J. Rawls) es una "construcción analítica" —en una acepción más kantiana que contemporánea de la adjetivación— mediante la que se simula la actuación de unas personas que en una determinada situación y bajo unas determinadas condiciones establecen un pacto o acuerdan un contrato, lo que de entrada exime a ese modelo heurístico de toda servidumbre más o menos realista. Ello es muy cierto, como lo era ya a propósito de la

³⁶ Nicola Matteucci: «Contractualismo», en *Diccionario de Política*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1981 (2.ª edición), p. 408.

Por su parte, Hartmut Kliemt en *Filosofía del Estado y criterios de legitimidad*, ha escrito que «Todas las teorías del contrato social fundamentan la legitimidad del Estado en un acto de conformidad voluntaria. Sin embargo, hay diversas formas de interpretación y de presentación de la idea fundamental del contrato social. Desde el punto de vista metodológico, las teorías del contrato social pueden dividirse en versiones «puramente explicativas», «explicativo-legitimantes» y, finalmente, «puramente legitimantes» de la concepción básica», *op. cit.*, p. 59 y ss.

teoría del contrato social en sus más caracterizadas versiones precedentes... Si la libertad, la información y la imparcialidad hubieran de ser las condiciones posibilitantes de un cierto género de racionalidad, el descontento provocado por la insuficiente racionalidad de nuestra vida social podría sin duda traducirse en un programa de acción en pro de la efectiva instauración de tales condiciones. Con lo que el planteamiento de nuestra cuestión habría salido del dominio de las meras construcciones analíticas para inscribirse en una nueva dimensión, incuestionablemente "política".

De hecho eso es justamente lo que aconteció con la teoría clásica del contrato social»³⁷.

Efectivamente, encontramos que lo que pudiera ser la argumentación más débil a favor de las teorías contractualistas —la de ser meramente hipotéticas, construcciones analíticas— las convierte en un elemento creativo y dinámico, posibilitador de consecuencias prácticas-éticas, jurídicas o políticas— de especial relevancia para comprender la historia del pensamiento y de las realizaciones políticas desde el siglo XVII.

2. La segunda matización responde a la idea de que el objeto primario de las teorías contractualistas no es estrictamente explicar la existencia de la sociedad y del orden político —lo que podría quedar suficientemente logrado echando mano de otro tipo de concepciones como las aristotélicas y las medievales—, sino, más bien, fundamentar una determinada concepción de la sociedad y del orden político.

Esta fundamentación de una determinada concepción de la sociedad y del orden político está estrechamente conectada, por razones históricas y filosóficas, con la legitimidad democrática, y constituye un rasgo común a la tradición del contrato social de los siglos XVII y XVIII³⁸ y a las teorías neocontractualistas.

En el primer ejemplo, quizá sea E. Kant el pensador contractualista que lo expresó de forma más clara y contundente, al definir el contrato social como «una mera idea de la razón, pero que tiene indudable realidad (práctica), a saber, la de obligar a cada legislador para que dé sus leyes tal como si estas pudiesen haber nacido de la voluntad reunida de todo un pueblo y para que considere a cada súbdito, en cuanto quiera ser ciudadano, como si hubiera estado de acuerdo con una voluntad tal. Esto es, en efecto, la piedra de toque de la juri-

³⁷ J. Muguerza: «A modo de epílogo: últimas aventuras del preferidor racional», en *La razón sin esperanza*, Ed. Taurus, Madrid, 1977, pp. 260-261.

³⁸ Eusebio Fernández: *El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales*, cit., p. 78 y ss.

dicidad de una ley pública capaz de regir para todos»³⁹. Actualmente, y como ejemplo más relevante del neocontractualismo, J. Rawls ha sido sensible a la conexión de su teoría contractual de una sociedad justa con los objetivos pretendidos por parte de las teorías del contractualismo clásico. «Lo que he tratado de hacer —escribe— es generalizar y llevar la teoría tradicional del contrato social representada por Locke, Rousseau y Kant, a un nivel más elevado de abstracción... Más aún, esta teoría parece ofrecer una explicación sistemática alterna de la justicia que es superior, al menos así lo sostengo, al utilitarismo dominante tradicional. La teoría resultante es de naturaleza altamente kantiana. De hecho no reclamo ninguna originalidad respecto a los puntos de vista que expongo, las ideas fundamentales son clásicas y bien conocidas... Mis ambiciones respecto al libro quedarán completamente realizadas si permite ver más claramente los principales rasgos estructurales de una concepción alternativa de la justicia que está implícita en la tradición contractualista, señalando el camino de su ulterior elaboración. Creo que, de los puntos de vista tradicionales, es esta concepción la que mejor se aproxima a nuestros juicios meditados acerca de la justicia y la que constituye la base moral más apropiada para una sociedad democrática»⁴⁰.

En definitiva, la pretensión de explicar la existencia de la sociedad y del orden político puede llevarse a cabo utilizando medios descriptivos o medios prescriptivos. Parece evidente, sin necesidad de hacer hincapié en ello, que las teorías contractualistas, al legitimar la sociedad y el poder político en el consenso, se están moviendo, de manera predominante, dentro del plano prescriptivo. La distinción entre estos planos es fundamental para este tema. Por ello no tienen fundamento algunas críticas a las teorías contractualistas elaboradas bajo la errónea suposición de que éstas aspiran a explicar el origen de la sociedad y el poder político, ya que para ello deberíamos contar con alguna evidencia empírica de esa explicación. Tal es el caso de J. Ortega y Gasset, cuando en el prólogo para franceses de su obra «La rebelión de las masas», escribe: «La idea de la sociedad como unión contractual, por tanto jurídica, es el más insensato ensayo que se ha hecho de poner la carreta delante de los bueyes.»

En semejante errónea suposición ha caído un crítico actual del contractualismo, Hartmut Kliemt, quien rechaza la legitimidad con-

³⁹ E. Kant: «Acerca de la relación entre teoría y práctica en el derecho político (contra Hobbes)», en *Acerca del refrán: lo que es cierto en teoría para nada sirve en la práctica*, recogido en *Filosofía de la Historia*, Ed. Nova, Buenos Aires, 1964, trad. de Emilio Estiú, pp. 167-168.

⁴⁰ John Rawls: *A Theory of Justice*, cit., p. VIII, he utilizado la traducción castellana de María Dolores González Soler, cit., p. 9.

tractual por irrealizable. «Las teorías clásicas del "contrato social" —escribe—, al igual que ciertos proyectos utópicos, están caracterizadas por el hecho de que propician determinados comportamientos por parte del Estado sin detenerse a pensar si puede existir una forma de organización Estado que esté en condiciones de realizar este comportamiento»⁴¹.

Quizá el motivo de la confusión de H. Kliemt esté en el hecho de que piensa que las teorías «más fundamentales» del contrato social son las que parten de la celebración explícita del contrato «y que sitúan el contrato para la fundación del Estado en una situación en la que éste aún no existe en absoluto»⁴², lo que difícilmente puede aplicarse a las teorías clásicas del contrato y en ningún caso a las posturas neocontractualistas. Sin embargo, el principio de legitimidad contractualista, según es presentado en este trabajo, no está muy distanciado de la idea defendida por él, aunque hable de «criterios no contractualistas para juzgar al Estado», cuando afirma que «aún cuando no se pueda fundamentar totalmente al Estado y a la elección de su constitución en la voluntad de los hombres, es posible exigir que el Estado sea organizado, por lo menos, de una manera tal que en él la voluntad de los hombres juegue el papel decisivo»⁴³.

IV. EL CONTRATO SOCIAL COMO PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD

Las razones que me llevan a presentar y defender el contrato social como base de legitimación social, política y jurídica (o como principio de legitimidad de las relaciones sociales, del poder político y de las relaciones políticas y del Derecho) son las siguientes:

Primera.—Creo que no puede existir una sociedad estable, ni mínimamente justa, sin un sistema de legitimación que cuente con (o sea, producto de) el consenso, asentimiento o consentimiento de los individuos que forman parte de ella. Este sistema de legitimación debe ser lo más amplio y pluralista posible, debe responder a las múltiples necesidades culturales, éticas, sociales, estéticas, económicas y políticas impuestas por el cambio social⁴⁴, y debe tener capacidad para integrar en su seno o institucionalizar los conflictos pro-

⁴¹ H. Kliemt: *Filosofía del Estado y criterios de legitimidad*, cit., p. 9.

⁴² Cit., p. 61. Ver también p. 92.

⁴³ Cit., p. 98. Ver también p. 123.

⁴⁴ Sobre el concepto de cambio social, ver Robert Nisbet, Thomas S. Kuhn, Lynn White y otros en *Cambio social*, Alianza Editorial, Madrid, 1979, traducción de Leopoldo Lovelace. Para R. Nisbet, «La interacción, el movimiento y la variedad son inseparables de la vida social», p. 15.

pios de una sociedad libre⁴⁵. La oportunidad de esta primera razón puede estar justificada, por ejemplo, si pensamos en la relación ciudadano-poder político o en la relación destinatarios de las normas-Derecho. Tanto en uno como en otro caso, todo lo que no es consenso es imposición o fuerza. Con la afirmación anterior no pretendo, en ningún caso, subestimar la importancia, perfectamente comprobable, que tiene la fuerza para el Derecho (fuerza legalizada, utilización de la fuerza regulada por normas jurídicas o el Derecho como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza⁴⁶, o el uso legítimo de la fuerza por parte del Estado⁴⁷, sino insistir en la necesidad de que tanto el Derecho como el Estado en general deben contar con un consenso lo más amplio posible para que la virtual utilización de la fuerza lo sea en casos reducidos. En definitiva: a mayor consenso, menor posibilidad de actuaciones de fuerza. Quizá aquí estribe una de las principales razones morales a favor de un sistema democrático. Como ha escrito Giuseppe Lumia: «La organización social y el poder, que es la fuerza conformadora de aquélla, se apoyan esencialmente en dos fundamentos: el consenso y la fuerza. Estos dos elementos pueden estar distribuidos de diferentes formas en los diversos regímenes políticos, pero ningún régimen puede despreciar ninguno de los dos; así como la dictadura no puede prescindir de un mínimo de consenso, al menos por parte de quienes de-

⁴⁵ Sobre el conflicto social, ver la obra clásica de R. Dahrendorf: *Sociedad y libertad. Hacia un análisis sociológico de la actualidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971, trad. de José Jiménez Blanco, principalmente los capítulos 4, 5 y 9.

⁴⁶ Ver Norberto Bobbio: «Derecho y fuerza», en *Contribución a la teoría del Derecho*, edición y estudio preliminar de Alfonso Ruiz Miguel, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, p. 335 y ss. «Me propongo —escribe N. Bobbio al inicio de su trabajo— llamar la atención sobre un modo de plantear el problema de la relación entre Derecho y fuerza que contrasta con la definición tradicional del Derecho, entendido como conjunto de normas coactivas o, lo que es lo mismo, hechas valer mediante la fuerza. En la definición tradicional la fuerza es considerada como un medio para realizar el Derecho. Según la teoría que me propongo examinar la fuerza es considerada, en cambio, como el contenido de las normas jurídicas».

⁴⁷ «El Estado —ha escrito Francisco Laporta— pretende constituirse así como violencia encauzada, como una violencia que, al igual que la moneda, se identifica por un procedimiento conocido de acuñación... Por eso cabe pensar que quizás el vitalismo real se empieza a hacer posible a través del Estado, porque precisamente el Estado, con su violencia, impone la no violencia... Sólo queda, pues, un camino para enfrentar humanamente la evidencia histórica de la violencia, y ese camino es desprivatizarla. La invención del Estado es, en efecto, el hallazgo de un artificio que asume la violencia interpersonal de un «se» impersonal. Es simplemente esto: un mecanismo cuyo fundamento es deslegitimar el uso individual de la violencia... El Estado, en cambio, aun siendo el reducto terrible de la violencia institucional, aparece como un mecanismo que, liberando al hombre de la servidumbre de la debilidad física, puede liberar a la razón del sometimiento a la fuerza», en *Estado y violencia: Sugerencias para una toma de posición*, Sistema 3839, Madrid, octubre de 1980, pp. 112, 115 y 117.

tentan la fuerza de las armas, tampoco la democracia puede despreciar el uso de la fuerza para imponer la voluntad de la mayoría a minorías recalcitrantes... Y si es verdad que el Derecho se asienta sobre todo en el consenso, es igualmente cierto que, en última instancia, deba poder contar con la fuerza para imponer a los desobedientes el respeto a sus normas.

Fuerza y consenso se encuentran entre sí en una relación inversamente proporcional, de forma que cuanto más extenso es el segundo, más se puede prescindir de la primera; la primacía de uno y otro elemento constituye uno de los parámetros más significativos para la calificación de un régimen político, ya que las democracias cuentan sobre todo con el consenso de los ciudadanos, mientras que las dictaduras confían en mayor medida en la fuerza de los aparatos represivos»⁴⁸.

Por su parte, Luis Díez Picazo, ha señalado que: «La razón de validez del orden jurídico se encuentra así en el conjunto de las creencias, de las estimativas y de las convicciones del grupo social. Las normas que responden a ellas son legítimas, pues su legitimidad deriva, en definitiva, del consenso. Es lo que hoy se llama el consenso de base social, que expresa una idea que a mí por lo menos me parece cierta... La base del poder y la base del Derecho se encuentran en este consensus»⁴⁹.

Segunda.—Considero que la teoría del contrato social puede resolver, mejor que cualquier otra, los problemas relativos a la búsqueda de un principio de legitimidad social, política y jurídica, basado en los valores y principios éticos de autonomía individual, libertad e igualdad. Estos valores que acabo de citar son un «marco» dentro del cual se desarrolla el contrato social, es decir, un contenido necesario del contrato social y, al mismo tiempo, una limitación formal y sustancial de las posibles decisiones contractuales.

Podemos aquí preguntarnos el por qué de estos valores y no otros. La contestación sería que ellos expresan las grandes exigencias

⁴⁸ Giuseppe Lumia: *Principios de teoría e ideología del Derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1978, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, pp. 22 y 23.

Ver también sobre el tema de las relaciones entre Derecho y fuerza, Alf Ross: *Sobre el Derecho y la justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1963, trad. de Genaro R. Carrió, pp. 55, 56 y 57; Karl Olivecrona: *El Derecho como hecho*, Buenos Aires, 1959, pp. 120 y 121; Enrico Pattaro: *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia jurídica*, Ed. Reus, Madrid, 1980, trad. de José Iturmendi Morales, pp. 180 y 181; Liborio L. Hierro: *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1981, pp. 304 y ss., y Gregorio Peces-Barba: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1983, p. 29 y ss.

⁴⁹ Luis Díez Picazo: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1975, p. 192.

y reivindicaciones morales de la historia de la humanidad y actualmente existiría en torno suyo un consenso generalizado sobre su importancia, necesidad y aceptación. Con ello quiero decir que se trata de principios y valores que cuentan con una identidad propia, sin dejar de tener en cuenta que sus contenidos y concreciones son históricos. No son convencionales, a diferencia de los requisitos y formas del contrato que sí lo son, sino previos al pacto. Tampoco son absolutos, ni relativos, sino que tienen una cierta objetividad y cuentan con suficiente racionalidad. Con ello estoy argumentando a favor de una postura tan distante del absolutismo moral como del relativismo moral (sin olvidar la parte de verdad que hay en el relativismo histórico y sociológico y distinguiendo éstos de aquél), y que con una terminología quizá no muy adecuada me atrevo a denominar el punto de vista moral de la racionalidad práctica. Según esta postura, los valores, como los juicios de valor, pueden ser justificados racionalmente y ello implica que desde el punto de vista moral pueden compararse distintos sistemas de moralidad o códigos éticos y establecerse que unos son objetivamente mejores que otros⁵⁰.

La conexión entre los valores morales citados y el contrato social se da a través de dos vías: A) Porque el contrato social no es un medio de tomar decisiones neutro, sino que el hecho mismo de la posibilidad de pactar o contratar con otros individuos, y más aún si el objeto del pacto es el modelo de sociedad, es un hecho moral, pues indica que aceptamos y respetamos su autonomía moral y su libertad para tomar decisiones en una situación de igualdad con nosotros. Como ha apuntado Martín Kriele: «La teoría consensual práctica descansa, en efecto, sobre la premisa preestablecida del principio básico: cada hombre tiene el mismo derecho a la libertad y la dignidad»⁵¹. B) Porque el contrato social sirve para articular, regular y modelar en instituciones sociales, políticas y jurídicas esos principios y valores, de una forma racional y universalizable.

El principio de legitimación contractual a que me estoy refiriendo está muy próximo a la concepción de la justicia desarrollada por J. Rawls en su obra «Teoría de la justicia»: «Mi objetivo —escribe— es presentar una concepción de la justicia que generalice y conduzca

⁵⁰ Sobre el relativismo moral puede verse Bernard Williams: *Morality: An Introduction to Ethics*, hay traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo en Ediciones Cátedra, Madrid, 1982, p. 17 y ss.; John Hospers: *La conducta humana*, Ed. Tecnos, Madrid, 1964, trad. castellana de Julio Cerón, p. 46 y ss.; Carlos Santiago Nino: *Introducción al análisis del Derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 376 y ss., y Esperanza Guisán: «¿Qué es la filosofía moral?», en *Agora. Papeles de Filosofía*, núm. 1, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, p. 147 y ss.

⁵¹ Martín Kriele: *Liberación e ilustración. Defensa de los derechos humanos*, Ed. Herder, Barcelona, 1982, trad. de Claudio Gancho, pp. 91-92.

a un nivel más alto de abstracción la conocida del contrato social tal como se encuentra, digamos, en Locke, Rousseau y Kant. Para lograrlo no debemos pensar en el contrato original como aquel que es necesario para ingresar en una sociedad particular o para establecer una forma particular de gobierno. Más bien, la idea directriz es que los principios de justicia para la estructura básica de la sociedad, son el objeto del acuerdo original. Son los principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación. Estos principios han de regular todos los acuerdos posteriores; especifican los tipos de cooperación social que se pueden llevar a cabo y las formas de gobierno que pueden establecerse. Este modo de considerar lo llamaré justicia como imparcialidad»⁵².

La influencia de la teoría clásica del contrato social en J. Rawls⁵³, la importancia prioritarias que concede a las ideas de personalidad y autonomía moral en su sentido kantiano y la utilización del esquema constructivista de Kant (el kantismo de J. Rawls se ha ido acentuando desde la «Teoría de la Justicia» a los trabajos más actuales)⁵⁴ son evidentes, como también lo son la insistencia en la igualdad moral, la libertad y la racionalidad (el preferidor racional de Javier Muguerza podría ser el requisito esencial del modelo ideal de contratante y de ciudadano dentro de la sociedad justa proyectada por J. Rawls)⁵⁵.

Tercera.—El principio de la legitimidad contractualista aporta argumentos que dan fundamento y efectividad a las nociones de obligación moral, jurídica y política y a la obediencia al Derecho, revitalizan el ideal de participación ciudadana auténtica y posibilitan la desobediencia civil justificada⁵⁶.

⁵² John Rawls: *A Theory of Justice*, cit., p. 11. En la traducción castellana, la página 28.

⁵³ Ver Jesús Rodríguez Marín: «La teoría del contrato social rediviva», en *Teorema*, vol. V/1, Universidad de Valencia, Valencia, 1975, p. 109 y ss.; Robert Paul Wolff: *Understanding Rawls*, Princeton University Press, New Jersey, 1977. Hay traducción castellana de Marcial Suárez en Fondo de Cultura Económica, México, 1981, pp. 21 y 22, y A. I. Melden: *Los derechos y las personas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, trad. de Celia Haydée, p. 153 y ss.

⁵⁴ J. Rawls: «Kantian Constructivism in Moral Theory», en *The Journal of Philosophy*, vol. 77, núm. 9, septiembre 1980, p. 515 y ss.

Ver R. P. Wolff: *Para comprender a Rawls*, cit. p. 95 y ss., y José Rubio Carracedo: *La utopía ética del Estado justo: de Platón a Rawls*, Valencia, 1982, pp. 21 y ss., 98, 105 y ss.

⁵⁵ Ver Javier Muguerza: *La razón sin esperanza*, cit., p. 254 y ss., y Salvatore Veca: «Contrato sociale e identità», en el libro colectivo *Política e Filosofia*, Franco Angeli Editore, Milano, 1982, p. 7 y ss. Para este autor, «El núcleo del programa contractualista consiste en una teoría de la elección racional».

⁵⁶ Sobre estos temas pueden consultarse las siguientes obras: A. Quinton:

La fundamentación contractualista del Estado da verdadera efectividad no sólo al consentimiento previo de los ciudadanos ante las formas jurídicas y políticas del Estado, sino que exige su permanente aceptación, haciendo posible, de esta manera, y reconstruyendo día a día el sistema democrático. De esta manera se posibilita también la identificación entre los creadores de las normas jurídicas y el sistema político y, por otro lado, sus destinatarios. Como ha apuntado James M. Buchanan, «la relevancia de la teoría contractual debe estribar no en su explicación del origen del gobierno, sino en su ayuda potencial para perfeccionar las instituciones de gobiernos existentes»⁵⁷. La obligación política queda así fundamentada, formal y materialmente.

Lo mismo cabe decir de la obediencia al Derecho. El consentimiento al ordenamiento jurídico y la participación en la creación de las normas jurídicas estimulan, lógicamente, su aceptación, respeto y obediencia. Como ha apuntado Wolfgang Rüd: «En el enfoque jurídico, en virtud del cual el Estado no se presenta como producto creado por una realidad sometida a la ley de la causalidad, sino que se presenta como un sistema de normas, la idea del Contrato Social desempeña en las teorías realistas del origen del Estado, en la medida que esta idea no sirve para responder a la cuestión de su génesis, sino a la del fundamento de la vigencia de un orden jurídico. Es esencial de las normas y, en particular de las normas jurídicas, que tengan vigencia, es decir, que por lo regular sean reconocidas como obligatorias. La pregunta de por qué los sistemas de normas tienen un carácter obligatorio es la cuestión decisiva de la Filosofía del Derecho. Una posibilidad de responderla la ofrece la doctrina del Contrato Social en la medida que intenta reducir la obligatoriedad del derecho al *factum* de que los sometidos jurídicamente se hayan comprometido de modo voluntario a la obediencia jurídica»⁵⁸.

Filosofía Política, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, trad. de E. L. Suárez; D. D. Raphael: *Problems of Political Philosophy*, The Macmillan Press, London, 1976; Dino Pasini: *Problemi di Filosofia della Politica*, Casa Editrice Dott. E. Jovene, Napoli, 1977; Raymon Polin: *L'obligation politique*, Presses Universitaires de France, París, 1971; A. Passerin D'Entreves: *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Edizioni di Comunità, Milano, 1970; J. Rawls: *A Theory of Justice*, cit., p. 363 y ss.; Carl Wellman: *Morales y éticas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, trad. de Jesús Rodríguez Marín, p. 25 y ss.; Geoffrey Marshall: *Teoría constitucional*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1982, trad. de Ramón García Cotarelo, p. 251 y ss., y Luis Prieto: «La objeción de conciencia como forma de desobediencia al Derecho», en *Sistema 59*, Madrid, marzo de 1984, p. 41 y ss.

⁵⁷ James M. Buchanan y Gordon Tullock: *El cálculo del consenso (Fundamentos lógicos de una democracia constitucional)*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1980, trad. de Javier Salinas Sánchez, p. 361.

⁵⁸ Wolfgang Rüd: «La idea del contrato social y el problema de la vigencia del Derecho», en *Derecho, Razón práctica e Ideología*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 17, Granada, 1977, pp. 286-287. Ver también Javier de

Las mismas razones contractualistas que sirven para fundamentar la obligación política y jurídica pueden ser aplicadas como justificación de la desobediencia civil. De la misma forma que el consentimiento voluntario al sistema político y jurídico compromete a sus destinatarios a respetar lo pactado, cualquier decisión de los poderes del Estado que atente a los principios fundamentales y a los contenidos que dan vida al contrato social invalidaría la obligación ciudadana de respetar lo pactado, justificando moral y políticamente la desobediencia civil. J. Rawls ha visto así la función de la desobediencia civil: «Realmente, la desobediencia civil es, al igual que la objeción de conciencia, uno de los instrumentos estabilizadores de un sistema constitucional, aunque ilegal por la definición. Junto a medios tales como elecciones libres y regulares y poder judicial independiente autorizado a interpretar la Constitución (no necesariamente escrita), la desobediencia civil, empleada con la debida medida y con criterio firme, ayuda a mantener y consolidar las instituciones justas. Mediante la resistencia a la injusticia dentro de los límites de fidelidad a la ley, sirve para reprimir las desviaciones del imperativo de justicia y corregirlas cuando sobreviven. La disposición colectiva a recurrir en tales casos a la desobediencia civil confiere estabilidad a una sociedad bien organizada o cercana al ideal de justicia»⁵⁹.

Cuarta.—La estrecha conexión entre la legitimidad contractual y el sistema de democracia liberal.

Si pensamos en un sistema político que, aquí y ahora, pueda adaptarse a los requisitos del tipo de decisiones contractualistas, pienso que, a pesar de sus limitaciones, sólo cabe la posibilidad de citar el liberal-democrático, pues solamente la democracia⁶⁰ (y más aún, la

Lucas: «¿Por qué obedecer las leyes de la mayoría?», en el libro colectivo *Ética y política en la sociedad democrática*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1981, p. 167 y ss., y Gregorio Peces-Barba: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1983, p. 32.

⁵⁹ J. Rawls: «Teoría de la desobediencia civil», tomado de *Teoría de la justicia* y recogido en el colectivo *La Filosofía del Derecho*, comp. R. M. Dworkin, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, trad. de Javier Sáinz de los Terreros, pp. 199-200. Ver también Ernesto Garzón: *La desobediencia civil*, Sistema 42, Madrid, mayo de 1981, p. 79 y ss., y José María Rodríguez Paniagua: *Lecturas de Derecho Natural como Introducción al Derecho*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1983, p. 169 y ss.

⁶⁰ Sobre el concepto de democracia, ver H. Kelsen: *Esencia y valor de la democracia*, Editora Nacional, México, 1974, trad. de R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra; G. Burdeau: *La democracia*, Ed. Ariel, Barcelona, 1960, trad. de A. L.; José Luis L. Aranguren: *Ética y Política*, Ediciones Guadarrama, Madrid, 1968; Elías Díaz: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1972; Melvil Rader: *Ética y democracia*, Ed. Verbo

democracia de base) permite la elección, experimentación, crítica y revisión de los diferentes modelos de sociedad, acciones todas ellas propias de los individuos que pueden llevar a cabo el contrato social. Como ha señalado H. L. A. Hart: «Una de las grandes justificaciones de la democracia es que permite la experimentación y una elección revisible entre tales alternativas»⁶¹.

De esta forma, la teoría del contrato social, originada históricamente del impulso democrático, nos conduce hacia la democracia como moral. Según ha escrito José Luis L. Aranguren, «el fundamento de la democracia es la democracia como moral. Moral, en tanto que compromiso sin reserva, responsabilización plena. Y moral en tanto que instancia crítica permanente, actitud crítica siempre vigilante. Crítica de todo lo establecido en tanto que establecido. Lo mismo o casi lo mismo si viene de la izquierda que si viene de la derecha, porque lo establecido es lo hecho ya y no lo moral, es decir, lo que está aún por hacer, lo que es todavía una incumplida exigencia»⁶².

Acabo de exponer la necesidad de reivindicar el sistema liberal-democrático (o sistema de democracia liberal), como el sistema que más estrechamente coincide con los requisitos y con las finalidades del principio de legitimidad contractualista. Hablar del sistema liberal-democrático implica muchas cosas relevantes. En un primer momento, partir de la aceptación del liberalismo y, por tanto, de sus principios fundamentales: limitación del poder político, división de poderes, reconocimiento de los derechos y libertades individuales, seguridad jurídica, derecho de propiedad, un respeto sagrado por la autonomía individual, etc. En un segundo momento: recordar las insuficiencias del liberalismo para dar respuesta a los cambios sociales y económicos que tienen lugar en las sociedades occidentales desde la segunda mitad del siglo XIX. De ahí surgieron fenómenos sociales y jurídico-políticos, tales como la exigencia de los derechos de asociación política y sindical, los partidos políticos y sindicatos, la aceptación del sufragio universal, el intervencionismo del Estado

Divino, Estella, 1975, trad. de Enrique López Castellón; Norberto Bobbio: «¿Qué alternativas a la democracia representativa?» y «¿Por qué democracia?», en *¿Qué socialismo?*, Ed. Plaza y Janés, Barcelona, 1978, trad. de Juan Moreno, pp. 81 y ss. y 115 y ss., y Martin Kriele: *Liberación e ilustración. Defensa de los derechos humanos*, cit., p. 42 y ss.

⁶¹ H. L. A. Hart: *El concepto de Derecho*, Editora Nacional, México, 1980, trad. de Genaro R. Carrió, p. 227. Ver también A. Passerin d'Entreves: *Derecho Natural*, Ed. Aguilar, Madrid, 1972, trad. de M. Hurtado Bautista, p. 200.

⁶² José Luis L. Aranguren: *La democracia establecida. Una crítica intelectual*, Ed. Taurus, Madrid, 1979, p. 18 y ss. Ver también, en idéntico sentido, Norberto Bobbio: *¿Qué socialismo?*, cit., pp. 49, 84, 97 y 131.

en la economía, el Estado benefactor o Estado social de Derecho⁶³, etcétera. Conviene, por tanto, tener en cuenta que la teoría liberal, desde sus comienzos en el siglo xvii hasta el siglo xix es una teoría no democrática y que además es un fenómeno propio de las sociedades capitalistas, cuya subordinación al modelo económico de libertad de mercado es total hasta el siglo xx, cuando, debido a una importante intervención de los Estados en la configuración de las condiciones sociales y económicas —estado planificador—, se constituye una economía mixta. La introducción del sufragio universal cambió el panorama político, convirtiendo el modelo liberal en un modelo democrático formal, representativo y no directo. Por otra parte, el Estado social de Derecho ha modificado o atenuado enormemente las consecuencias sociales más desagradables de un ilimitado individualismo económico⁶⁴.

La reivindicación del sistema liberal-democrático no puede pasar por alto, si quiere ser fiel a la historia, estas concesiones a la supervivencia de elementos políticos y económicos pertenecientes al pasado y que se mantienen en gran parte en las sociedades occidentales contemporáneas. Se trata de ver las potencialidades auténticamente

⁶³ Ver Elías Díaz: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1972, p. 95 y ss.; Manuel García Pelayo: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977; Juan Ramón Capella: *Materiales para la crítica de la Filosofía del Estado*, Editorial Fontanella, Barcelona, 1976, p. 11 y ss.; Ernst Forsthoff: *El Estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, trad. de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz; Luis López Guerra: «Las dimensiones del Estado social de Derecho», en el número monográfico *El Estado democrático*, Sistema 38-39, Madrid, octubre de 1980, p. 171 y ss.

⁶⁴ C. B. Macpherson ha señalado que «La teoría liberal en sí —la teoría de los derechos individuales y de un gobierno limitado— se remonta, desde luego, al siglo xvii. Pero hasta el siglo xix la teoría liberal, al igual que el estado liberal, en modo alguno fue democrática; mucho de lo que había en ella era específicamente antidemocrático. De este modo, la teoría democrático-liberal surgió como una combinación insegura de la teoría liberal clásica y del principio democrático del igual derecho de cada hombre a un voto en la elección de gobierno y a algunas otras prerrogativas. Fue una combinación insegura porque la teoría liberal clásica se declaraba a favor del derecho individual a la adquisición ilimitada de propiedad, de la economía de mercado capitalista, y por lo tanto de la desigualdad, y temía que todo esto pudiera ser puesto en peligro por la concesión del derecho de voto a los desposeídos.

El problema central de la teoría democrático-liberal no fue, por tanto, otro que el de conseguir una conciliación entre las exigencias de una economía de mercado libre y las exigencias de algún tipo de igualdad por parte de la masa total de individuos. Nunca se repetirá demasiadas veces que la democracia liberal es un fenómeno estrictamente capitalista. Las instituciones democrático-liberales han aparecido únicamente en países capitalistas, y sólo una vez que la libertad de mercado y el estado liberal dieron lugar a una clase obrera consciente de su fuerza y reivindicadora del voto», en *Ideología y ciencias sociales*, Robin Blackburn (ed.), Ediciones Grijalbo, Barcelona, 1977, traducción de Enrique Ruiz Capillas, pp. 17-18.

democratizadoras del sistema liberal-democrático y reflexionar sobre si su dependencia del modelo económico capitalista es esencial, es simplemente secundaria, es una fuerte traba para la democracia, hasta dónde puede mantenerse o si se precisa de un rechazo total de la economía de mercado, si es compatible la democratización total con el Estado social de Derecho o si exige algo más, etc. Las distintas preguntas pueden resumirse en dos: ¿Cuáles son los límites presentes y las posibilidades futuras del sistema liberal-democrático? y ¿se puede hablar de democracia posliberal? ⁶⁵.

C. B. Macpherson, en un breve libro publicado hace unos años con el título de «La democracia liberal y su época» se ha hecho preguntas semejantes: «¿Debemos —escribe al comienzo del libro— considerar, pues, que la democracia liberal está tan a punto de desaparecer que ya se puede uno arrojar el derecho de escribir acerca de su época? En resumen, la respuesta más breve, que prejuzga el argumento que voy a exponer, es que "sí", de suponer que se entienda la democracia liberal como se suele entender todavía, como la democracia de una sociedad capitalista de mercado (por muy modificada que parezca estar esa sociedad por el auge del Estado del bienestar); pero que "No forzosamente", si se entiende que la democracia liberal significa, como interpretaba John Stuart Mill y los demócratas liberales éticos seguidores suyos de fines del siglo XIX y principios del XX, una sociedad en la cual todos sus miembros tengan igual libertad para realizar sus capacidades» ⁶⁶.

C. B. Macpherson, siguiendo las líneas de la respuesta contenida en este texto, intentará en su libro desprender a la democracia liberal de una supuesta y necesaria dependencia «eterna» de los principios del modelo capitalista, dando prioridad «a la igualdad de derechos», y «al desarrollo de la propia personalidad». Para ello examinará «tres modelos sucesivos de democracia liberal, de los que cabe decir que han imperado por turno desde principios del siglo XIX hasta ahora, y pasarse a considerar las perspectivas de un cuarto modelo. Al primero lo llamó *la democracia como protección*: su argumento favorable al sistema democrático de gobierno era que no había otra cosa que pudiera, en principio, proteger a los gobernados contra la opresión por el gobierno.: Al segundo lo llamó *la democracia como desarrollo*: aportó una nueva dimensión moral, al entender la democracia básicamente como medio de desarrollo individual de la propia personalidad. El tercero, *la democracia como equilibrio*: aban-

⁶⁵ Ver C. B. Macpherson: «¿Democracia posliberal?», en *Ideología y ciencias sociales*, cit., p. 26.

⁶⁶ C. B. Macpherson: *The Life and Times of Liberal Democracy*, utilizó la traducción de Fernando Santos Fontela, Alianza Editorial, Madrid, 1981, p. 1.

donó la reivindicación moral, so pretexto de que la experiencia del funcionamiento real de los sistemas democráticos había demostrado que el modelo del desarrollo personal no era realista en absoluto: en su lugar, los teóricos del equilibrio ofrecían una descripción (y una justificación) de la democracia como competencia entre élites que produce un equilibrio sin mucha participación popular. Es el modelo imperante actualmente. Su insuficiencia es cada vez más evidente, y la posibilidad de sustituirlo por algo más participativo se ha convertido en una cuestión controvertida y seria. Por eso este estudio pasa después a examinar las perspectivas y los problemas de un cuarto modelo, el de *la democracia como participación*»⁷⁷.

El modelo de la democracia como protección (democracia como protección de los ciudadanos y sus derechos frente al poder estatal, ciudadano-individuo burgués dentro de la sociedad capitalista competitiva) estaría representado en las obras de J. Bentham y James Mill; el modelo de la democracia como desarrollo moral lo encontraríamos en las obras de John Stuart Mill y en los liberales radicales Lindsay, Barker, McIver, Dewey o Hobhouse. El modelo de la democracia como equilibrio habría sido formulado por Joseph Schumpeter en su obra «Capitalismo, Socialismo y Democracia». La estructuración de modelos llevada a cabo por Macpherson es discutible e incompleta, sea porque, como ha señalado Alfonso Ruiz Miguel en un interesante artículo sobre la obra que comentamos, «Desde un punto de vista interno la periodización de Macpherson es discutible, tanto por exceso, como, alternativamente, por defecto», sea por lo que él denomina el «síndrome anglosajón», «cierta tendencia de los teóricos anglosajones a permanecer casi exclusivamente en su ámbito cultural»⁷⁸. Sin embargo, lo que me interesa es la descripción del cuarto modelo planteado.

El cuarto modelo, la democracia como participación, es un modelo de democracia liberal, no tan «sólido ni tan específico» como los anteriores, matiza Macpherson, pero ya iniciado en el decenio de 1960 por los movimientos estudiantiles de Nueva Izquierda y por movimientos de la clase obrera en los decenios de 1960 y 1970, «Una manifestación de este nuevo espíritu fue el nacimiento de movimientos favorables al control obrero de la industria. En los mismos decenios la idea de que debería haber una participación considerable de los ciudadanos en la formulación de decisiones por el gobierno se extendió tanto que varios gobiernos nacionales empezaron a hacer suyas, al menos verbalmente, las consignas de la participación, y algu-

⁷⁷ C. B. Macpherson: *La democracia liberal y su época*, cit., pp. 33 y 34.

⁷⁸ Alfonso Ruiz Miguel: «La teoría política del optimismo obsesivo: C. B. Macpherson», en *Sistema* 52, enero 1983, pp. 48 y 49.

nos incluso iniciaron programas que contenían una amplia participación ciudadana. Parece, añade nuestro autor, que la esperanza de una sociedad y un sistema de gobierno más participativos va a ser algo duradero»⁶⁹.

El funcionamiento de la democracia participativa debe contar con la consecución de dos requisitos previos: «un sentimiento de comunidad más fuerte que el actual» y «una gran reducción de la desigualdad social y económica actual». Logrados esos dos requisitos sería posible el modelo de democracia participativa, que según es propuesto por Macpherson se trataría de un sistema combinado de democracia representativa y de democracia directa. La necesidad de la democracia representativa viene dada porque «no podemos prescindir de los políticos elegidos. Debemos utilizar la democracia indirecta, aunque no hace falta utilizarla en exclusiva. El problema es el de cómo hacer que los políticos elegidos sean responsables»⁷⁰. El modelo de democracia participativa sería el siguiente: «un sistema piramidal, con la democracia directa en la base y la democracia delegada en todos los niveles por encima de ella. Así, se empezaría con una democracia directa al nivel de barrio o de la fábrica, con debates totalmente directos, decisión por consenso o mayoría, y elección de delegados que formarían un consejo más amplio inmediato, como, por ejemplo, el distrito de una ciudad o toda una ciudad pequeña... Y así sucesivamente hasta el nivel más alto, que sería un consejo nacional para los asuntos de gran importancia y consejos locales y regionales para los asuntos de importancia no nacional. Lo que hace falta, a cada nivel, para que el sistema sea democrático, es que los encargados de adoptar decisiones y los formuladores de cuestiones elegidos desde abajo sean responsables ante los de abajo al estar sometidos a la reelección, o incluso a la revocación»⁷¹.

El modelo de la democracia como participación según es presentado por Macpherson, resultará excesivo para los partidarios más tradicionales del sistema liberal-democrático; para los críticos más radicales y partidarios de la total democracia directa o asamblearia resultará insuficiente, sin embargo, una de sus virtudes es que resulta, aquí y ahora, posible y deseable. El principio de legitimidad contractual puede sacar consecuencias eficaces de él, al reivindicar una auténtica realización del sistema de democracia liberal, fiel a los principios liberales y a la consideración de la democracia como medio de ejercer el gobierno y como fin moral. La denuncia de las insuficiencias en el efectivo funcionamiento de la democracia liberal

⁶⁹ *Op. cit.*, pp. 113 y 114.

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 118.

⁷¹ *Op. cit.*, pp. 130 y 131.

en las sociedades contemporáneas no es un punto desdeñable, sino prioritario, como lo es también la crítica al individualismo posesivo y al modelo antropológico de consumidor y la insistencia en la reducción de las desigualdades sociales y económicas actuales para que la democracia sea posible. Estando de acuerdo con Alfonso Ruiz Miguel en que quizá en el modelo de Macpherson de democracia participativa haya más de democracia que de liberalismo, lo que para nuestros objetivos no es óbice, sino todo lo contrario, no creo que pueda reprochársele, como él hace, un «optimismo obsesivo»⁷³, salvo por servidumbres literarias del propio Ruiz Miguel, sino constatar la preocupación por mantener la vigencia y aceptabilidad de la democracia liberal como el mejor sistema político posible. Que esa preocupación porque el sistema funcione y sea auténtico sea excesiva, no hace más que expresar los temores, sinsabores, intereses e ideales de un ciudadano realista y demócrata.

Como se ha señalado anteriormente, la democracia como participación es un modelo de democracia liberal. Quizá en algunos se haya producido perplejidad al constatar que en dicho modelo ocupa un lugar importante la democracia representativa, que, como decía Macpherson debe ser utilizada, aunque no hace falta utilizarla en exclusiva (de hecho se combina con la democracia directa o de base en el modelo de democracia como participación). Quizá también algunos planteen la pregunta de si un sistema de legitimidad contractualista no está más cerca de un sistema de democracia directa que de un sistema de democracia combinada. La respuesta es que, efectivamente, el ideal del contrato social se encuentra más realizado en una democracia de base, pero que si tomamos en consideración las sociedades desarrolladas de tipo occidental es tal la dimensión de las naciones actuales y son tales los problemas de tipo político, económico y social planteados, que existe un gran número de cuestiones de gobierno que por razones de simple eficacia no pueden ser resueltos por democracia directa y precisan de la democracia delegada o representativa. Por ello pienso que la combinación de democracia directa y democracia representativa, según el modelo de Macpherson, es adecuado, pues garantiza la participación ciudadana, el control de los electores y exige la responsabilidad de los elegidos, que pueden ser revocados o no reelegidos.

Sin embargo, existe aún otra razón por la que estoy reivindicando el sistema liberal-democrático: que me interesa defender y mantener los principios inspiradores del sistema (reconocimiento y garantía de

⁷³ Alfonso Ruiz Miguel: *La teoría política del optimismo obsesivo*, cit., páginas 52, 54, 57 y 63.

los derechos humanos, límites al poder político, sufragio universal...) y que no existe una alternativa al modelo de democracia liberal que pueda realizar mejor esos principios.

Algunos autores neomarxistas han criticado a la democracia representativa, y a los sistemas políticos contemporáneos donde existe, por su falta de legitimidad y por no dar lugar a una auténtica participación de los ciudadanos. Así, por ejemplo, Claus Offe ha escrito que los dos criterios de legitimidad y factores de legitimación propuestos actualmente por el Estado social de Derecho, participación en las decisiones políticas o democracia formal y participación en el bienestar social o democracia material, tienen un carácter ideológico o de falseamiento de la participación política en las democracias representativas del capitalismo tardío. Más que participación, existiría, para este autor, discriminación, no jurídica pero sí real, como consecuencia del funcionamiento de las instituciones estatales⁷³. Ni los partidos políticos, ni los sindicatos, ni el sufragio universal, ni el sistema parlamentario son auténticos canales de participación ciudadana, sino de mantenimiento del sistema capitalista. «La fundación de nuevos partidos —escribe—, su financiación, su existencia legal, así como el derecho de voto, vienen sometidos a condiciones restrictivas que se van haciendo más duras después, bajo, frecuentemente, el argumento abstracto y tecnocrático de la «estabilidad del sistema». El sistema de partidos, así establecido, presenta rasgos claramente monopolistas, en cuanto que el «acceso al mercado» viene obstaculizado para aquellos grupos que están en concurrencia con los oficiales»⁷⁴. «El sistema parlamentario, junto a su principio representativo, está construido de tal modo que cualquier objeción a la legitimidad del sistema de dominio político y económico carece de posibilidad alguna de encontrar en él una capa de resonancia institucional... Se podría llegar a sostener que los partidos políticos y los parlamentos, así como la institución del sufragio universal, representan los más importantes instrumentos estatales para el mantenimiento de la lealtad de masa necesaria para la estabilidad del sistema»⁷⁵.

Tampoco se cumplirá, según C. Offe, el segundo principio de legitimidad, la participación en la democracia material. El Estado social asistencial o benefactor no garantiza la participación real en el bienestar económico y social.

Es difícil no coincidir con Claus Offe en que el funcionamiento de la democracia representativa en los Estados de capitalismo ma-

⁷³ Claus Offe: *Lo Stato nel capitalismo maturo*, Etas Libri, Milán, 1977, trad. de R. Schmidt y Danilo Zolo.

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 42.

⁷⁵ *Op. cit.*, pp. 98 y 99.

duro cuenta aún con muchas lagunas políticas y económico-sociales. Pero de ahí a propiciar, como él hace, una total y absoluta descalificación del sistema de democracia representativa va un abismo. Su conclusión es inaceptable por extremadamente reduccionista y por injusta. El todo o la nada no es un buen argumento para nadie y menos para el científico social. El desarrollo de lo que anteriormente se ha denominado la democracia como participación puede, sin duda, dejar sin base muchos de los argumentos de C. Offe. Así, por ejemplo, Elías Díaz ha señalado que el «Estado democrático representativo posee, no obstante, potencialidades de autenticación y profundización capaces de hacer realidad más plenamente esa función de expresar la soberanía popular, transformando así precisamente hacia el socialismo ese modo de producción capitalista que, por razones, estructurales, no va más allá de ese nivel de bienestar que apenas es sino efectiva reproducción simple de la fuerza de trabajo»⁷⁶.

Hay en la postura defendida por C. Offe un argumento igualmente inaceptable, al que nos tienen acostumbrados los autores marxistas y neomarxistas, y es el de hacer depender necesariamente la democracia representativa del sistema capitalista. También aquí suscribo las palabras de Elías Díaz: «En mi opinión, en tales posiciones neomarxistas se produce con excesiva frecuencia una total y muy negativa absorbente identificación entre Estado democrático representativo y modo de producción capitalista, con absoluta reducción del primero al segundo; yo no negaría, por supuesto, las relaciones, profundas, pero sí esa absoluta identidad y ese inevitable reduccionismo que a lo que conduce es a dejar después sin alternativa a no pocas de las críticas «izquierdistas» a la democracia representativa»⁷⁷.

Finalmente, quisiera añadir que Elías Díaz, en su consideración crítica de la obra de Claus Offe, mantiene puntos coincidentes con los aquí anteriormente expresados en torno a una profundización y autenticación de la democracia representativa y a la compatibilidad de ésta con «otras formas complementarias de democracia participativa y también de democracia directa». «En esa línea —escribe— estaría, por ejemplo, todo el trabajo de base que es necesario llevar a cabo en el seno de la sociedad civil; ésta y sus organizaciones (ecologistas, feministas, pacifistas, etc.), situadas en vanguardia de las de-

⁷⁶ Elías Díaz: «Deslegitimación del Derecho y del Estado en la sociedad capitalista actual. Consideraciones a propósito de la obra de Claus Offe», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1983, p. 38.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 40. Ver, en general, toda la crítica de Elías Díaz a las posturas de C. Offe. Ver también José Enrique Rodríguez Ibáñez: *Teoría crítica y sociológica*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1978, y mi recensión a este libro en *Sistema* 33, Madrid, noviembre de 1979, p. 151 y ss.

mandas sociales, deben no obstante operar —a mí modo de ver— en esa relación de correspondencia, y no de ineficaz ruptura, con las instituciones políticas democráticas»⁷⁸.

Quinta.—La supremacía de la sociedad sobre el Estado.

Me interesa hacer hincapié en la idea de que la teoría del contrato social, aunque dé por supuesta la existencia y necesidad del poder político, o más concretamente, del Estado (y una de las funciones de las teorías contractualistas ha sido buscar un principio de legitimación al Estado), no implica una actitud estatalista. Pienso que una de las principales enseñanzas de las teorías del contrato social es la de la subordinación de lo político a lo social, con manifiesta supremacía de lo segundo, y la concepción del Estado como un medio regulador de los conflictos de intereses interindividuales y garantizador del mantenimiento de la ley y de la primacía de las libertades y derechos humanos fundamentales, nunca como portador de una finalidad por encima de (o ajeno a) los intereses y propósitos humanos. Además, en el horizonte del contrato social están presentes siempre las palabras desafiantes y utópicas de Proudhon, acerca de un contrato social que hiciera innecesaria la existencia del Estado: «¿Qué es el Contrato Social? ¿El acuerdo del ciudadano con el Gobierno? No. El contrato social es el acuerdo del hombre con el hombre, acuerdo del que debe resultar lo que llamamos sociedad... El contrato social debe ser discutido libremente, consentido individualmente, firmado por propia mano por todos los que en él participen... Para que yo sea libre, para que yo no experimente otra ley que la mía y yo me gobierne a mí mismo... es preciso suprimir todo lo que quede de mítico en el gobierno de la sociedad y reedificar la constitución sobre la idea, a medida humana del contrato... El régimen de los contratos, eliminando el régimen de las leyes, constituiría el verdadero gobierno del hombre y del ciudadano, la verdadera soberanía del pueblo, la república. Pues el contrato es la libertad. El contrato es también el orden, dado que es la organización de las fuerzas económicas en lugar de la enajenación de las libertades»⁷⁹.

Quizá sea muy cierto que, como ha señalado Hartmut Kliemt: «El Estado es la forma más importante de organización social del hombre»⁸⁰; quizá también sea cierto que el Estado es necesario y que más que discutir sobre su origen y desaparición, convenga pensar en la forma o formas de Estado que más se adapten a los intereses, exi-

⁷⁸ *Op. cit.*, pp. 53 y 58.

⁷⁹ Tomado de *Textos y documentos sobre Derecho Natural*, seleccionados por Angel Sánchez de la Torre, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1974, pp. 263, 264 y 265.

gencias y libertades humanas, sin embargo, ello no obsta para que pasemos por alto la permanente amenaza que para la autonomía de las personas y el ejercicio de sus libertades comportan las progresivas tendencias estatistas y burocratizadoras de las sociedades desarrolladas. Aquí conviene recordar las palabras de José Ortega y Gasset en su obra «La rebelión de las masas», cuando escribe que: «Me refiero al peligro mayor que hoy amenaza a la civilización europea. Como todos los demás peligros que amenazan a esta civilización, también éste ha nacido de ella. Más aún: constituye una de sus glorias; es el Estado contemporáneo... Este es el mayor peligro que hoy amenaza a la civilización: la estatificación de la vida, el intervencionismo del Estado, la absorción de toda espontaneidad social del Estado; es decir, la anulación de la espontaneidad histórica, que, en definitiva, sostiene, nutre y empuja los destinos humanos. Cuando la masa siente alguna desventura, o simplemente algún fuerte apetito, es una gran tentación para ella esa permanente y segura posibilidad de conseguirlo todo —sin esfuerzo, lucha, duda ni riesgo alguno— sin más que tocar el resorte y hacer funcionar la portentosa máquina»¹⁸.

Es posible que la insistencia en el origen y desarrollo contractual del Estado y sus instituciones sea la única respuesta y solución frente a esas tendencias. No obstante, la legitimidad contractualista debe ser ampliada y dirigida a todas las relaciones sociales, y no sólo a la relación individuo-Estado. Podemos mantener algunas esperanzas de que esto es posible, e incluso de que en algún sector de las relaciones sociales ya va siendo posible. Norberto Bobbio, en uno de sus últimos trabajos, se ha referido a ello. Para el profesor italiano: «La vieja teoría del contrato social no sólo no ha sido desmentida en la realidad del desarrollo histórico, sino que es más actual que nunca, aún necesita ser revisada y puesta al día», «El contrato como una institución fundamental para la regulación de las relaciones sociales de interés público es más que nunca una realidad de hecho»¹⁹. Para

¹⁸ Hartmut Kliemt: *Filosofía del Estado y criterios de legitimidad*, cit., p. 5.

¹⁹ José Ortega y Gasset: *La rebelión de las masas*, Primera parte, p. 13.

Sobre este tema en Max Weber véase el libro de Arthur Mitzma: *La jaula de hierro. Una interpretación histórica de Max Weber*, Alianza Editorial, Madrid, 1976, trad. de Angel Sánchez Pascual y María Dolores Castro Lobera. Sobre la aportación a este tema por parte del neoliberalismo contemporáneo ver las obras de Friedrich A. Hayek: *Camino de servidumbre*, Alianza Editorial, Madrid, 1978, trad. de José Vergara, y *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1975, trad. de Vicente Torrente; también las obras de Henri Lepage: *Mañana, el capitalismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1979, trad. de Juan Bueno, y *Mañana, el liberalismo*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1982, trad. de José Ignacio Oyarzaba.

²⁰ Norberto Bobbio: *Il contratto sociale, oggi*, Guida Editori, Napoli, 1980, pp. 26 y 29, ver también las pp. 30-31.

N. Bobbio los ejemplos de la utilización del instrumento contractual para resolver conflictos de intereses generales pueden ya encontrarse en las relaciones laborales, y más concretamente, en las grandes organizaciones sindicales (pacto social, contrato o convenio colectivo) y en las relaciones entre los partidos políticos (gobierno de coalición de partidos)⁸³. En definitiva, en la idea de un pacto o contrato social continuamente renovado subyacería el proyecto de la instauración de una sociedad autónoma, autogestionada y autogobernada, de una sociedad en situación de comunicación ideal, en el sentido habermasiano⁸⁴.

La situación ideal de diálogo, según ha sido expuesta por J. Habermas, puede tener su asentamiento adecuado en un principio de legitimidad contractualista que abarque y regule las relaciones sociales que tienen un interés general, público y generalizable. Un contrato social continuamente ejercido y renovado por sujetos autónomos, responsables moralmente, libres e iguales actuaría como idea regulativa de lo existente, como principio de legitimidad de las relaciones sociales, económicas, políticas y jurídicas. Podemos preguntarnos si esta situación ideal es un sueño bello pero inútil, o si puede cumplir alguna función auténticamente reguladora y efectiva. Victoria Camps, refiriéndose a la teoría de Habermas de la comunicación ideal, ha contestado negativamente a la segunda pregunta, señalando que «en nuestra sociedad escindida, mediatizada por la coacción y el miedo, desequilibrada y desigual, donde la auténtica reciprocidad es hoy por hoy el sueño de la razón y no tiene apariencia de dejar de serlo en el futuro, en nuestra sociedad, digo, el defecto de las ideas reguladoras es que son incapaces de regular nada»⁸⁵. Javier Muguerza ha apuntado que «la situación de diálogo sería, por su parte, una ficción anticipatoria que apunta a algo así como a la realización del Reino de Dios sobre la Tierra o —como mordazmente se ha insinuado— a la Comunión de los Santos... Pues, ciertamente, ¿cómo pensar que semejante situación ideal —que idealmente concluiría con un *consensus hominum*, con un acuerdo general entre los hombres— pudiera darse en nuestras conflictivas sociedades, sociedades escindidas por la lucha de clases, surcadas por antagonismos irreconciliable, bloqueadas en sus mismas posibilidades de comunicación por toda suerte de barreras ideológicas?», para añadir a renglón seguido que: «Y,

⁸³ *Op. cit.*, pp. 32 y ss.

⁸⁴ Ver Jesús Rodríguez Marín: «Habermas. Nuevo enfoque de la filosofía trascendental», en *Teorema*, vol. VII/3-4, Universidad de Valencia, 1977, p. 351.

⁸⁵ Victoria Camps: *La imaginación ética*, Ed. Seix Barral, Barcelona, 1983, p. 53. Ver también el artículo de Mariano Álvarez Gómez: «Hermenéutica y racionalidad según las concepciones de Gadamer, Apel y Habermas», en *Aporia*, núms. 15-16, vol. IV, 1982.

sin embargo, hay que decir que la ética no podría contentarse con algo menos que eso, esto es, con algo menos que una situación en la que su legislación alcance a todos y cada cual sea su legislador; con algo menos que una situación en la que su pretensión de universalidad y la exigencia de autodeterminación de los sujetos morales se viesan igualmente satisfechas; con algo menos, en fin, que una situación en la que la razón gobierne el mundo»⁸⁶.

Evidentemente, la situación de nuestros sociedades no es el mayor estímulo para el optimismo y la serenidad moral, y sí lo es para la desilusión, el hipócrita conservadurismo o la inmoral complicidad. Sin embargo, parece que la conciencia moral tiene argumentos valiosos para marcar nuevos postulados de base contractualista que no por hipotéticos resultan innecesarios⁸⁷. Al menos, el pacto habrá permitido que las personas se expresen libremente, dibujando las virtudes y las flaquezas de la condición humana.

V. CONTRACTUALISMO Y DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

La significación que el principio de legitimidad contractualista tiene para una teoría de los derechos humanos fundamentales no es muy difícil de establecer. En este punto coinciden las teorías del contractualismo clásico y las neocontractualistas.

Defender el fundamento contractualista de la sociedad y el poder político es apostar por la confianza en el valor de la individualidad humana y en los derechos deducidos de la dignidad inalienable de la persona. Por ello no resulta nada extraño que históricamente las teorías contractualistas vayan conectadas con la tradición liberal y democrática y se encuentren opuestas totalmente a todas las concepciones morales y políticas que mantienen que la individualidad debe ser limitada en aras de conceder una mayor competencia y autoridad al Estado. G. del Vecchio se refirió a ello con estas palabras: «Si la persona humana tiene en sí como creemos, algo de sana; si no es sólo un medio para servir a la sociedad y al Estado, sino que tiene por sí misma un valor de fin; si está *ínsito* en el ser subjetivo un derecho originario e inabolible, que querríamos llamar (con fórmula quizá un poco audaz, pero que no debe, sin embargo, ser entendida demasiado profundamente), derecho a la soledad, a este esencial principio convendrá referirse para encontrar la base y los límites de la

⁸⁶ Javier Muguerza: «La ética en la cruz del presente», en *Enrahonar*, núm. 1, Quaderns de Filosofia, Universidad Autónoma de Barcelona, Primer semestre, 1981, p. 14.

⁸⁷ Ver Victoria Camps: *La imaginación ética*, cit., pp. 12 y 57.

legitimidad del poder público. Debería considerarse como requisito fundamental el consentimiento de los ciudadanos a las órdenes del Estado. Este consentimiento podría y debería racionalmente deducirse no tanto de las manifestaciones contingentes y mudables del arbitrio (voluntas ambulatoria), cuanto de las exigencias inmanentes y constitutivas de la misma naturaleza humana: exigencias que se compendian en las ideas de libertad y de igualdad jurídica, como presupuestos de la autoridad del Estado»⁸⁸.

De la misma forma que en la teoría clásica de los siglos XVII y XVIII el contrato social tiene como objetivo la protección de los derechos naturales, también en las teorías contractualistas contemporáneas se mantiene esa finalidad, aunque utilizando otra terminología (principios de justicia, derechos humanos fundamentales, derechos morales). Para la teoría contractualista clásica existe una estrecha conexión entre el origen contractual de la sociedad y el poder político y la defensa de la existencia de unos derechos naturales individuales previos al establecimiento de las relaciones sociales, políticas y jurídicas. Como he señalado en otro trabajo: «El poder político nacido del pacto social va a obtener la legitimidad de su origen y ejercicio en el reconocimiento, defensa y protección de unos derechos naturales, cuya procedencia se encuentra en una situación presocial o estado natural, y cuya justificación filosófica se halla en la existencia de un derecho deducido de la naturaleza racional del hombre, anterior en el tiempo a todo derecho elaborado por las sociedades políticas realmente existentes y superior cualitativamente a las leyes positivas, tan superior que les otorga su validez moral y jurídica»⁸⁹.

La idea anterior es perfectamente comprobable en autores como H. Grocio, S. Pufendorf, B. Spinoza, T. Hobbes, J. Locke, J. J. Rousseau o E. Kant y en las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII. Así, el primer apartado de la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia (1776) dice: «Que todos los hombres son por naturaleza, igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad»; y el artículo segundo de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789) sostiene que: «La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del

⁸⁸ J. del Vecchio: *Persona, Estado y Derecho*, cit., p. 346.

⁸⁹ Eusebio Fernández: «El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1983, p. 96.

hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.»

Pues bien, el modelo de relación triple derechos-contrato social-legitimidad del poder político de los siglos XVII y XVIII se mantiene, a pesar de las evidentes diferencias terminológicas e ideológicas, aún vigente. También hoy se considera que el poder político nacido de un hipotético pacto obtiene su legitimidad de origen y ejercicio en el reconocimiento, defensa y protección de los derechos humanos fundamentales. Para la postura neocontractualista que aquí estoy sosteniendo, decir que la legitimidad del poder político se encuentra en el reconocimiento, defensa y protección de los derechos humanos fundamentales equivale a afirmar que el contenido del contrato es siempre la mejor forma de articular (a través de derechos jurídicos, Constituciones, instituciones sociales, planes económicos, modelos de sociedad) el respeto, ejercicio y garantía de los derechos humanos fundamentales, no los derechos humanos mismos que, como derechos morales⁹⁰, son previos al poder político y al Derecho.

Esto es así, insisto, porque los derechos humanos como derechos morales son anteriores a todo hipotético pacto originario y a los pactos reales que se dan en la sociedad. Los derechos humanos no son producto o consecuencia de ningún pacto; las formas sociales, económicas, políticas y jurídicas concretas de articularlos sí son objeto de distintos pactos. En este punto coincido con R. Dworkin, cuando ha apuntado que la teoría de los derechos que subyace a la construcción del contrato tiene que ser una teoría «que se base en el concepto de los derechos que son "naturales" en el sentido de que no son el producto de ninguna legislación, convención o contrato hipotético»⁹¹. Plantear así el tema de la relación derechos humanos-contrato social no es más que tomarse seriamente (en terminología de R. Dworkin)⁹² o con filosofía (en la de Andrés Ollero)⁹³ los derechos fundamentales del hombre.

También podemos echar mano de un hipotético contrato social, aquí en el sentido limitado de consenso racional, si de lo que se trata

⁹⁰ Eusebio Fernández: *El problema del fundamento de los derechos humanos*, Anuario de Derechos Humanos, 1981, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, p. 73 y ss.

⁹¹ R. Dworkin: «The Original Position», en N. Daniels *Reading Rawls*, Oxford, Blackwell, 1975, p. 46.

Ver sobre esto el trabajo de José Luis Colomer «Derechos humanos frente al utilitarismo: los fundamentos de una concepción alternativa de la justicia», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1981, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, pp. 29 y ss.

⁹² R. Dworkin: *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977.

⁹³ Andrés Ollero: «Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 33, nueva época, mayo-junio, 1983, p. 101 y ss.

es de buscar una justificación racional, intersubjetiva y universalizable del propio fundamento moral de los derechos humanos o de su articulación. En este punto me remito al tercer paso de los tres que he señalado al tratar, en otro trabajo, de elaborar los requisitos de esa justificación racional. En dicho trabajo apunté que: «El tercer paso se centraría: a) En la posibilidad de que esas buenas razones que alegamos (a favor de los distintos derechos) puedan ser expresadas a otras personas, es decir, puedan ser objeto de diálogo y contrastación con las que otras personas argumenten también como buenas razones, y b) También se centraría en la posibilidad, como fruto de lo anterior, de que esas buenas razones obtuvieran un reconocimiento general o lo más general posible»⁹⁴.

Ahora voy a reconducir la teoría de J. Rawls, principalmente en lo que afecta a sus principios de justicia, hacia una interpretación que haga hincapié en la conexión entre el contrato social y los derechos humanos fundamentales⁹⁵.

Para J. Rawls el contenido del acuerdo o contrato original son los primeros principios que han de regular la estructura básica de la sociedad. En mi interpretación esos primeros principios de justicia son los derechos humanos fundamentales, que sirven como fundamento, contenido y límite del contrato social que ha de regular la estructura básica de la sociedad. Como fundamento, ya que la principal finalidad del contrato social es la de reconocer y garantizar los derechos humanos fundamentales; como contenido, ya que a través del contrato se trata de articular la vigencia histórica del ejercicio de esos derechos; y, finalmente, de límite, ya que tanto lo acordado a través del contrato general como de los contratos particulares debe

⁹⁴ Eusebio Fernández: *El problema del fundamento de los derechos humanos*, cit., p. 106. Ver el reciente trabajo de A. E. Pérez Luño: «La fundamentación de los derechos», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 35, Madrid, 1983, p. 7 y ss. La importancia de este artículo del prof. Pérez Luño se merece mucho más que una cita a pie de página. Dejo para un futuro trabajo su análisis, ya que razones de tiempo y espacio no me permiten ahora otra cosa.

⁹⁵ Podría incluirse también, dentro de este apartado, la concepción expuesta por Rober Nozick en su obra *Anarchy, State and Utopia*, con el añadido de que hay tres puntos esenciales en su teoría que la distinguen de la teoría de la justicia de J. Rawls: 1.º, que el modelo de contrato social que R. Nozick utiliza está inspirado en J. Locke, mientras que el de J. Rawls lo está en E. Kant; 2.º, una diferente postura en cuanto a la legitimidad de la intervención del Estado en las cuestiones referentes a la justicia distributiva. Para R. Nozick, «el estado mínimo es el estado más extenso que puede justificarse; cualquier otro estado más extenso viola los derechos de todos»; y 3.º, la consideración y defensa de que los derechos a la libertad y a la propiedad son ilimitados.

Ver sobre este punto Carlos R. Alba Tercedor y Fernando Vallespín: *El neo-contractualismo de A Theory of Justice*, cit., pp. 242-243; José Luis Colomer: *Derechos humanos frente a utilitarismo, los fundamentos de una concepción alternativa de la justicia*, cit., p. 38 y ss. Y José Rubio Carracedo: *La utopía ética del estado justo: de Platón a Rawls*, cit., p. 123 y ss.

respetar el contenido esencial de los derechos humanos fundamentales. Según esta última idea, todo acuerdo que no respete ese contenido sería manifiestamente injusto.

Hacia la segunda mitad de «Teoría de la justicia», J. Rawls establece la formulación final de sus dos principios de justicia, acompañada de las reglas de prioridad. Unos y otros expresan una determinada ideología que puede ser caracterizada como liberal-social o, si se quiere, socialdemócrata, que suscribo y que considero que queda patente a lo largo de este trabajo.

La formulación de los principios es la siguiente:

«Primer principio: Cada persona ha de tener un derecho igual al sistema total más amplio de libertades básicas compatible con un sistema de libertad para todos.

Segundo principio: Las desigualdades sociales y económicas han de estructurarse de modo que sean: a) Para el mayor beneficio de los menos aventajados, consistente con el principio de ahorro justo, y b) Anejos a oficios y posiciones abiertos a todos bajo condiciones de imparcialidad igualdad de oportunidades.»

Las reglas de prioridad son:

«Primera regla de prioridad (prioridad de la libertad). Los principios de justicia han de ser colocados en orden léxico y, por tanto, la libertad puede restringirse sólo por causa de la libertad. Se dan dos casos: a) Una libertad menos amplia puede fortalecer el sistema total de libertad compartido por todos; b) Algo menos que igual libertad puede ser aceptable para aquellos con menor libertad.

Segunda regla de prioridad (prioridad de la justicia sobre la eficacia y el bienestar).

El segundo principio de justicia es léxicamente anterior al principio de eficacia y al de maximización de la suma total de las ventajas: y el principio de la igualdad de oportunidades es anterior al principio de la diferencia. Se dan dos casos: a) Una desigualdad de oportunidades ha de aumentar las oportunidades de aquellos con menor nivel de oportunidad; b) Una excesiva tasa de ahorro ha de contrapesarse con mitigar la carga de aquellos que soportan esta privación.»

Las prioridades, por tanto, siguen este orden: prioridad del primer principio o principio de la libertad sobre el segundo, y prioridad, dentro del segundo principio, del apartado B o principio de igualdad de oportunidades sobre el apartado A o principio de diferencia.

Finalmente, añade J. Rawls, la concepción general es la siguiente:
«Concepción general:

Todos los bienes sociales primarios —libertad y oportunidades, ingresos y riquezas, y las bases de la autoestima— han de ser distribuidos por igual, a menos que una distribución desigual de alguno, o de todos o aquellos bienes, produzca una ventaja a los menos favorecidos»⁹⁶.

Hay que añadir que tanto los principios como, fundamentalmente, las prioridades expresadas están condicionadas, para J. Rawls, al hecho de que la sociedad a la que se aplican posea «un nivel suficiente de bienestar material», y más concretamente, J. Rawls está pensando en, y delimitando su modelo de una sociedad justa a, las sociedades liberal-democráticas occidentales⁹⁷. Esta limitación es un dato que no debemos pasar por alto⁹⁸.

Las exigencias de libertad (en mi interpretación: los derechos civiles y políticos) y las exigencias de igualdad (en mi interpretación: los derechos económicos, sociales y culturales), junto a la resolución de los conflictos entre el ejercicio de la libertad y el ejercicio de la igualdad, con la pretensión de lograr una síntesis aceptable entre una y otra (frente a las posturas liberales puras y socialistas radicales), están siempre patentes, formando un conjunto.

El primer principio de la justicia instauro una organización social, política y jurídica de libertades iguales que son posibles dentro del modelo de democracia liberal. El segundo principio contiene y pretende hacer viables criterios de justicia social. Las libertades básicas que corresponden al primer principio (principio de libertad) son, para J. Rawls, la libertad política (derecho a votar y a desempeñar puestos públicos), la libertad de expresión y reunión, la libertad de conciencia y de pensamiento, la libertad personal frente a la opresión psicológica, la agresión física y todo atentado a la integridad de la persona, el derecho a la propiedad personal y la libertad frente al arresto y detención arbitrarios. El segundo principio, por su parte, se aplicará a la distribución del ingreso y la riqueza⁹⁹. La prioridad

⁹⁶ John Rawls: *A Theory of Justice*, cit., pp. 302-303. En la traducción castellana se encuentra en las pp. 340-341.

⁹⁷ Ver José Rubio Carracedo: *La utopía ética del estado justo: de Platón a Rawls*, cit., p. 109.

⁹⁸ No creo, por tanto, que pueda admitirse, sin añadidos, la versión de Victoria Camps de que «Tal propósito de Rawls es construir una teoría de la justicia que determine unos principios válidos para todo tiempo y lugar y libremente aceptados por los miembros de cualquier sociedad», en *La imaginación ética*, cit., p. 57.

⁹⁹ J. Rawls: *A Theory of Justice*, cit., p. 61. Ver Raimundo Drudis Baldrich: *La teoría de la justicia de J. Rawls*, cit., p. 92.

del primer principio significaría, por ejemplo, que en ningún caso la consecución de mayores ventajas económicas y sociales estaría justificada si ello implica la violación de algunas de las libertades básicas iguales protegidas por el primer principio.

Como se ve, los contenidos del primer principio coinciden con los tradicionalmente considerados derechos civiles y políticos (en la clasificación que yo he utilizado, con los derechos personales —de autonomía y seguridad— y derechos cívico-políticos o de libertad), mientras que al segundo principio corresponderían los derechos económicos sociales y culturales (o derechos de igualdad) ¹⁰⁰.

Además, la concordancia de los dos principios de J. Rawls (como la de la propia evolución histórica de los derechos humanos) con la historia en los dos últimos siglos del modelo libertad-democrático de las sociedades occidentales es bastante evidente. Como ha señalado R. P. Wolff: «Hablando histórica y extrasistemáticamente, podríamos decir que, en la forma revisada de los dos principios, el Principio I enuncia la esencia del sistema de igualdad legal y política que se desarrolló a finales del siglo XVIII y en el XIX como plataforma para las libres operaciones del capitalismo industrial, y el Principio II define las normas de justicia social que han de emplearse para atenuar las desigualdades y las injusticias de aquellas operaciones» ¹⁰¹.

Sin embargo, la concordancia histórica no tiene que implicar necesariamente coincidencia valorativa o ideológica con el desarrollo histórico citado. La prioridad que J. Rawls otorga a la libertad está justificada en una consideración moral más profunda, es decir, en una consciente elección de los valores de la autonomía moral y de la libertad como valores jerárquicamente superiores, desde el punto de vista ético, a otros (igualdad, utilidad, eficacia). Este es otro de los puntos esenciales de la obra de J. Rawls. Como ha escrito R. P. Wolff: «La prioridad de la libertad articula la convicción de Rawls, evidentemente profunda, de que el mutuo respeto de la ciudadanía igual expresa el reconocimiento recíproco de la personalidad moral por parte de los hombres. Es la forma en que Rawls incorpora a su teoría el imperativo kantiano de tratar a la humanidad, tanto en sí mismo como en los otros, siempre como un fin y nunca simplemente como un medio. Mal vender una porción de las propias liber-

¹⁰⁰ Eusebio Fernández: *El problema del fundamento de los Derechos Humanos*, cit., p. 108 y ss.

¹⁰¹ Robert Paul Wolff: *Para comprender a Rawls. Una reconstrucción y una crítica de la teoría de la justicia*, cit., p. 82.

tades por una vida más cómoda equivaldría, en opinión de Rawls, a vender la primogenitura como ser humano por un plato de lentejas»¹⁰².

¹⁰² R. P. Wolff: *Para comprender a Rawls*, cit., p. 83. Sobre las dificultades de conceder prioridad a la libertad sobre los demás bienes sociales, ver el capítulo IX de esta obra de R. P. Wolff: *La prioridad de la libertad y otras complicaciones*, p. 81 y ss., y el trabajo de Carlos R. Alba Tercedor y Fernando Vallespín: *El neocontractualismo de «A Theory of Justice» de J. Rawls: Una introducción a la literatura*, cit., p. 237.